§ 8 des Bankdepotgesetzes

insbesondere in Vergleichung mit § 366 HGB.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Georg-Augusts-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Walter Fromm
geprüfter Rechtskandidat.

Wilh. Tümmel's Buch- und Kunstdruckerei in Nürnberg.

1904

§ 8 des Bankdepotgesetzes

insbesondere in Vergleichung mit § 366 HGB.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Georg-Augusts-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Walter Fromm
geprüfter Rechtskandidat.

Wilh. Tümmel's Buch- und Kunstdruckerei in Nürnberg.

Referent: Herr Geh. Justizrat Prof. **Dr. Karl Lehmann.**

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548101_0010

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Zweck und Entstehung des § 8 1

II. Die einzelnen Fälle der Mitteilungspflicht 3

III. Die Voraussetzungen der Mitteilungspflicht und Wegfall derselben 8

IV. Form der Mitteilung 20

V. Rechtsfolgen der Mitteilung 21

VI. Verhältnis des § 8 DG. zu den Bestimmungen des BGB. und HGB. über den guten Glauben 30

VII. Die Folgen der Mitteilung inbezug auf die Stellung des Kunden im Konkurs des Lokalbankiers 44

Schluß 50

Literatur-Verzeichnis.

Adler, Der § 8 des deutschen Bankdepotgesetzes und die österreichische Bankpraxis, in Holdheims Monatsschrift 7, 149.

Adler, Das österreichische Lagerhausrecht, 1892.

Adler, Paul, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtl. Seite, 1905.

Apt, Depotgesetz, 1896.

Bansa, Die Bankdepotgeschäfte des Effektenkommissionärs, 1910.

Breit, Bankdepotgesetz, Separatausgabe aus dem Werk: „Die Handelsgesetze des Erdballs", 1911.

Breit, Der Selbsteintritt des Kommissionärs nach deutschem Handelsgesetzbuch, 1899.

Breit, Die Mitteilungspflicht nach § 8 Depotgesetz und der gute Glaube. Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht 4, Nr. 10.

Bonn, Reichsgericht und Bankdepotgesetz, Bankarchiv 9, S. 236 ff.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch II, 1910; III, 1913.

Ecker, Die rechtliche Natur des regulären und irregulären Bankverwahrungsdepots, 1904.

Endemann, Das Depotgesetz; in Deutsche Juristenzeitung I, 391.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Kommentar zum Börsengesetz (Z.-Verb.-Komm.) von Rehm, Dove, Neukamp, Breit, 1909.

Lampe, Die auf Grund von Kommissionsgeschäften entstandenen Bankdepotgeschäfte, 1908.

Lehmann, K., Lehrbuch des Handelsrechtes, 1912.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II, 1900.

Lusensky, Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, 1905.

Mayer, Die Bankdepotgeschäfte, 1908.

Neukamp, Holdheims Monatsschrift, 7, 139; 19, 140.

Nithack, Zentralbankier und Lokalbankier nach § 8 DG., 1910.

Oswaldt, Zu § 8 des Bankdepotgeschäfts; in Holdheims Monatsschrift, 7, 150.

v. Pechmann, Das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, 1896.

Rießer, Das Bankdepotgesetz, 1906.

v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechtes, Bd. I, 1893.

Schweyer, Die Bankdepotgeschäfte in geschichtlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung, 1899.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch II, 1900.

Stenglein, Bankdepotgesetz in seinem Werk: Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches, S. 246 ff., 1909.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 4. Session, 1895/97, Bd. I.

Vogel, Der Bankier als Verwahrer von Wertpapieren, 1904.

Wolff, Pflichten und Befugnis des Bankiers als Depositar, 1908.

I. Zweck und Entstehung des § 8.

Bei Geschäften über Wertpapiere ist häufig die Mitwirkung mehrerer Bankiers nötig. Die Bankiers an kleineren Orten können die von ihren Kunden erhaltenen Aufträge meist nicht selbst ausführen, sondern müssen sich an die Bankiers an den Börsenplätzen wenden. Letztere werden in der Literatur gewöhnlich als Zentralbankiers bezeichnet, im Gegensatz zu den Lokalbankiers, den Bankiers in Provinzstädten oder in Orten ohne Effektenbörsen. So sind bei der Ausführung von Kommissionsgeschäften oft zwei oder drei Bankgeschäfte tätig.

Nach § 397 des HGB. hat jeder Kommissionär ein Pfandrecht wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften an dem in seinen Besitz gelangten Kommissionsgut. Sind also Wertpapiere auf Grund von Kommissionsgeschäften in die Hände des Zentralbankiers gelangt, so unterliegen sie dem Pfandrecht nach § 397. Außerdem pflegen die Banken vertragsmäßig zu bestimmen, daß sämtliche irgendwie in ihren Besitz gekommenen Effekten ihnen für alle sonstigen Ansprüche gegen den betreffenden Kontrahenten haften sollen. Sowohl für das vertragliche wie für das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs ist es gleichgültig, ob die betreffenden Effekten im Eigentum des Schuldners stehen oder nicht. Es genügt, wenn der Bankier diesen für den Eigentümer oder wenigstens für befugt hielt, für den Eigentümer über die Papiere zu verfügen. (§ 366 HGB.) Vor dem Inkrafttreten des Depotgesetzes bestand für den Lokalbankier weder eine Pflicht, den guten Glauben des Zentralbankiers zu zerstören, noch lag es in seinem Interesse, weil er dadurch seinen Kredit vermindert hätte. Es lag darin eine große Gefahr für die Kunden des Lokalbankiers. Alle Wertpapiere derselben, welche der Lokalbankier zu

irgend einem Zweck dem Zentralbankier aushändigte, unterlagen dem Pfandrecht des Zentralbankiers, auch wenn der Kunde mit ihm in keinerlei Geschäfts- oder Schuldverhältnis stand. Fiel nun der Lokalbankier in Konkurs, so konnte sich der Zentralbankier aus den in seinem Besitz befindlichen Wertpapieren des Kunden befriedigen und dieser erlitt so einen beträchtlichen Verlust. Zur Besserung dieser unhaltbaren Rechtslage wurden schon vor Erlaß des Depotgesetzes von den hauptstädtischen Bankiers vielfach sogenannte Kundendepots eingerichtet. Diese hafteten nur für solche Forderungen, die mit Bezug auf die Papiere dieses Depots entstanden waren.

Eine allgemeine Regelung dieser Verhältnisse bezweckt § 8 des Depotgesetzes. Dieser legt dem Lokalbankier die Pflicht auf, bei Kommissions- oder Depotgeschäften, Wertpapiere von Kunden betreffend, dem Zentralbankier mitzuteilen, daß die Papiere fremde sind oder daß die Anschaffung für fremde Rechnung erfolgt. Der Empfang der Mitteilung bewirkt eine Einschränkung des Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes des Zentralbankiers, insofern es nur wegen solcher Forderungen geltend gemacht werden kann, die im Bezug auf diese Papiere entstanden sind.

§ 8 DG. lautet:

„Ein Kaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art einem Dritten zum Zweck der Aufbewahrung, der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezuges von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen ausantwortet, hat hierbei dem Dritten mitzuteilen, daß die Papiere fremde seien, ebenso hat er in dem Falle, daß er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergibt, diesem hierbei mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe.

Der Dritte, welcher eine solche Mitteilung empfangen hat, kann an den übergebenen oder an den neu beschafften Papieren ein Pfandrecht oder ein Zurück-

behaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind.«

Der Regierungsentwurf des DG. § 9 verlangte eine Mitteilungspflicht nur bei Ausantwortung der Papiere zum Zweck der Aufbewahrung, des Umtausches oder des Bezugs; bei der Verkaufs- und Einkaufskommission hatte er eine Mitteilungspflicht abgelehnt, weil bei ersterer es sich meistens nicht um längere Aufbewahrung handle und bei letzterer erhebliche Schwierigkeiten entstünden, und zwar sowohl bezüglich des Zeitpunktes, wann die Beschränkung des Pfandrechtes einzutreten habe, als bezüglich der Gestaltung des Rechnungsverhältnisses der beiden Kommissionäre, für welches die bloße Trennung in ein eigenes Konto des Provinzialbankiers und in ein allgemeines sämtlicher Kunden desselben jedenfalls nicht ausreichen würden. Die Reichstagskommission stellte aber den Antrag, die Mitteilungspflicht auch auf die Verkaufs- und Einkaufskommission auszudehnen, mit der Begründung, daß dies „eine berechtigte und eine notwendige Konsequenz der Vorlage« sei. Dieser Antrag wurde einstimmig angenommen.

II. Die einzelnen Fälle der Mitteilungspflicht.

§ 8 DG. betrifft nur Wertpapiere, die im § 1 DG. genannt sind. Dies sind folgende:

a) Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Talons, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen. Für diese ausdrücklich aufgezählten Wertpapiere ist es gleichgültig, ob sie vertretbar sind oder nicht.

b) Vertretbare andere Wertpapiere, d. h. alle anderen Wertpapiere, sofern sie vertretbar sind.

§ 8 setzt weiter voraus, daß der die Papiere Ausantwortende Kaufmann und zwar Vollkaufmann (vergl. § 13 DG.)

ist, und daß die Aufbewahrung im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt.

Die Ausantwortung muß zu einem der vom Gesetz benannten Zwecke erfolgen. § 8 zählt folgende Fälle auf:

1. Aushändigung zur Aufbewahrung.

Diese kann sowohl im Interesse des Kunden als auch des Erstbankiers erfolgen.

Werden die Papiere als Pfand an den zweiten Bankier ausgehändigt, so ist damit auch eine Aufbewahrungspflicht verbunden, aber eine Mitteilungspflicht besteht in diesem Falle nicht, so auch die allgemeine Meinung. (P. Adler, S. 119; v. Pechmann, S. 40; Rießer, S. 70; Breit, Depotgesetz, S. 28 II; Düringer-Hachenburg II, S. 633 Anm. 2). Zunächst erwähnt das Gesetz im § 8 die Übergabe zu Pfand nicht. In dem Ausdruck „Aufbewahrung" ist die Verpfändung wohl nicht mitenthalten. Dafür spricht schon ein Vergleich mit § 1 DG., wo neben der Aufbewahrung die Verpfändung ausdrücklich erwähnt ist (a. M. Nithack, S. 79 Anm. 2). Auch ist die Aufbewahrung bei der Verpfändung nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck. Man nehme den Fall, daß der Kunde den Bankier nach § 2 ermächtigt hat, über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, ohne sich dabei zum Eigentümer zu machen, z. B. dieselben zu Darlehenszwecken zu verpfänden. Welche Folge hätte in diesem Fall die Mitteilung, daß die Papiere fremde sind? Sie würde in vielen Fällen die Verpfändung vereiteln, da der Dritte es sich überlegen wird, fremde Papiere zu lombardieren. Eine Mitteilung entspräche hier auch garnicht dem Sinne des Gesetzes. Dieses will in § 8 bei nicht auf Verpfändung gerichteten Verträgen das ohne den Willen der Parteien eintretende gesetzliche Pfandrecht oder das generelle Pfandrecht gemäß den Geschäftsbedingungen zu Gunsten des Publikums einschränken. Ist aber der Vertrag gerade auf die Verpfändung gerichtet, so entscheidet allein die Vereinbarung der Parteien über den Umfang der Haftung, die das Gesetz in diesem Falle nicht einschränken kann.

Worauf sollte sich auch die Einschränkung beziehen? Der § 8 Abs. 2 beschränkt die Haftung der Papiere auf Forderungen, die mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. Bei einem Pfandvertrag sind aber mit Bezug auf die Papiere alle Forderungen entstanden, für welche die Papiere nach der Vereinbarung der Parteien verhaftet sein sollen. Eine Verpflichtung zur Mitteilung besteht also beim Pfandvertrag nicht. Erfolgt sie doch, so ist sie ohne Bedeutung. Es gelten in diesem Fall die allgemeinen Grundsätze über die Verpfändung einer fremden Sache. Diese ist gültig, wenn der Eigentümer seine Einwilligung dazu gegeben hat, oder der Pfandgläubiger im guten Glauben ist nach den §§ 1207, 932 ff. BGB. oder nach § 366 HGB. Auch in folgendem von Lusensky, S. 85 erwähnten Fall ist § 8 nicht anwendbar: Ein Provinzialbankier hat eine Einkaufskommission an den Zentralbankier weitergegeben, der ihm die Papiere unter Stundung des Kaufspreises aushändigt. Der Kunde, der durch constitutum possessorium Eigentümer der Papiere geworden ist, bezahlt den Kaufpreis nicht. Nun sendet der Lokalbankier die in seinem Pfandbesitz sich befindenden Papiere an den Zentralbankier als Sicherheit für den gestundeten Kaufpreis zurück mit der Mitteilung, daß die Papiere fremde sind. Derselbe hat dann an ihnen ein Pfandrecht nur wegen des gestundeten Kaufpreises. Die Beschränkung der Haftung auf die Kaufpreisforderung ist hier aber nicht, wie Lusensky meint, eine Wirkung der Mitteilung nach § 8, sondern sie hat ihren Grund in der Vereinbarung, daß die Papiere nur wegen dieser Forderung haften sollen. Hat der Lokalbankier die Effekten zwar mit der Mitteilung nach § 8 zurückgesandt, aber keine ausdrückliche Beschränkung der Haftung vereinbart, so werden die Papiere dem allgemeinen Pfandrecht des Zentralbankiers unterworfen, vorausgesetzt, daß der Kunde seine Einwilligung zur Verpfändung gegeben hat oder doch der Zentralbankier diese gutgläubig annimmt. Die allgemeinen Bestimmungen des BGB. und HGB. gelten auch

für den Fall, daß der Eigentümer der Effekten seinen Bankier beauftragt, die Papiere für ihn (den Eigentümer) bis zu einer bestimmten Höhe lombardieren zu lassen. Die Beschränkung der Haftung in dem vom Kunden bestimmten Umfang muß der Verpfänder mit dem Zentralbankier vereinbaren. Unterläßt dies der Lokalbankier, so entsteht für den Pfandgläubiger ein allgemeines Pfandrecht gemäß den Geschäftsbedingungen oder kraft sonstiger Vereinbarung. Weiß aber der Pfandgläubiger von der Bestimmung des Kunden, daß die Papiere nur bis zu einer bestimmten Höhe haften sollen, so erwirbt er das Pfandrecht nur in dem vom Kunden bestimmten Umfange.

2. Aushändigung zur Verkaufskommission.

In diesem Fall besteht die Mitteilungspflicht, wenn der Erstbankier zur Ausführung einer ihm erteilten Verkaufskommission dem Zentralbankier seinerseits einen Kommissionsauftrag erteilt, nicht, wenn er die Papiere dem Zentralbankier als Käufer ausliefert. Hier will das Gesetz den Kunden ebenfalls davor schützen, daß der Zentralbankier an den in seinen Besitz gelangten Papieren ein allgemeines Pfandrecht geltend mache.

3. Aushändigung zur Bezugs- oder Umtauschkommission.

Diese ist entweder mit einem Verwaltungsdepot verbunden oder sie erfolgt auf Grund besonderen Auftrages. Sie besteht darin, daß der Bankier als Kommissionär den Umtausch fremder Wertpapiere vornimmt oder anderenfalls mit diesen fremden Papieren Rechte zum Bezug neuer Papiere, z. B. neuer Aktien geltend macht. Es handelt sich hier um eine Art Verkaufs- und Einkaufskommission. Der Kommissionär wird nach herrschender Ansicht zunächst Eigentümer der neubezogenen oder umgetauschten Stücke. Wie bei der Einkaufskommission, so legt auch hier das Gesetz im § 5 dem Kommissionär die Verpflichtung zur Übersendung eines Stückverzeichnisses auf, durch dessen Absendung das Eigentum auf den Kommittenten übertragen wird. Nach der Begründung zum § 5 findet

dies nur Anwendung, wenn es sich um eigentliche Kommissionsgeschäfte handelt, nicht bei Umtauschakten, bei denen der Bankier nur Vertreter des Eigentümers in tatsächlicher Beziehung ist, ohne überhaupt ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. Als solche „Umtauschakte" bezeichnet das Gesetz den Umtausch von Interimsscheinen in die definitiven Stücke, die Empfangnahme neuer Stücke anstelle verlorengegangener amortisierter Stücke und andere Fälle, wo es sich nicht um ein Anschaffungsgeschäft handelt. Dagegen wendet sich wohl mit Recht v. Pechmann (S. 27), wenn er ausführt, daß es sich zwar um ein Kommissionsgeschäft handeln müsse, es aber gleichgültig sei, ob ein sogenanntes Anschaffungsgeschäft vorliege. Bei den in der Begründung angeführten Umtauschakten könne auch unter Umständen ein Kommissionsgeschäft in Betracht kommen. Bei Beurteilung dieser Frage sei allein ausschlaggebend, ob der Beauftragte dem Dritten gegenüber im eigenen Namen handle, also als Kommissionär auftrete. Wenn es sich um ein Kommissionsgeschäft handelt, so wird zunächst der Zentralbankier Eigentümer der neuen Stücke, während die alten Stücke bis zum Umtausch Eigentum des Kunden bleiben. Der Zentralbankier ist in diesem Fall zwar nicht Kommissionär nach § 383 HGB.; nach § 406 HGB. kommen aber die Vorschriften über das Kommissionsgeschäft auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der in § 383 bezeichneten Weise zu schließen übernimmt. Danach hat der Zentralbankier auch bei einer Umtausch- oder Bezugskommission das allgemeine Kommissionärpfandrecht nach § 397 HGB, (an den neuen Stücken, solange er Eigentümer derselben ist, nach Maßgabe von § 398 HGB.), weshalb das Gesetz auch in diesen Fällen zum Schutze des Publikums eine Mitteilungspflicht statuiert hat.

4. Weitergabe einer Einkaufskommission.

Auch hier ist wie bei der Verkaufskommission erforderlich, daß der Lokalbankier die Einkaufskommission

weitergibt und nicht vom Zentralbankier selbst die Papiere kauft. Hier hat zwar der Zentralbankier, der zunächst Eigentümer der Papiere wird, kein Pfandrecht nach § 397, da an eigener Sache ein solches begrifflich nicht möglich ist. Das Gesetz gibt aber dem Einkaufskommissionär in § 398 ein Befriedigungsrecht aus dem Kommissionsgute analog § 397. Ist der Kommittent durch constitutum possessorium oder durch Übersendung des Stückverzeichnisses Eigentümer geworden, so hat der Zentralbankier das allgemeine Kommissionärpfandrecht nach § 397 HGB., sofern er die Papiere noch besitzt. Es ist also auch bei der Einkaufskommission ein Schutz des Publikums nötig gewesen, weshalb der die Kommission weitergebende Bankier auch hier eine Mitteilungspflicht hat, die in diesem Fall zu lauten hat, daß die Anschaffung für fremde Rechnung erfolgt.

III. Die Voraussetzungen der Mitteilungspflicht und Wegfall derselben.

Die Mitteilungspflicht setzt voraus, daß es sich um fremde Wertpapiere handle bezw., daß die Anschaffung für fremde Rechnung erfolge. Ob die Papiere als fremde oder im Eigentum des Bankiers stehende zu betrachten sind, darüber entscheiden die Grundsätze des Bürgerlichen Rechts. Als fremde sind auch diejenigen Wertpapiere anzusehen, die nicht im Alleineigentum des Lokalbankiers stehen.

Nicht fremd sind die Wertpapiere (es besteht dann also keine Mitteilungspflicht):

1. wenn der Kunde mit dem Bankier ein depositum irregulare nach § 700 BGB. vereinbart hat, ferner wenn der Bankier nach § 2 DG. ermächtigt ist, gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren, oder über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen. Im ersteren Fall geht das Eigentum schon mit der Übergabe auf den Bankier über, der nur zur

Rückgewähr von Wertpapieren gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet ist. Eine nach § 2 erteilte Ermächtigung macht die Papiere nicht ohne weiteres zu „nicht fremden“ für den Bankier. Es sind hier mehrere Fälle zu unterscheiden, die man als modifiziertes depositum regulare bezeichnet:

a) depositum regulare, bei dem die Ermächtigung erteilt ist, gleichartige Papiere zurückzugewähren (Genusklausel).

Geht der Sinn der Ermächtigung dahin, daß der Depositar zur Aneignung befugt sein soll, so kann er jederzeit die Aneignung vornehmen und dadurch das depositum regulare in ein depositum irregulare verwandeln. Es bedarf also eines Aneignungsaktes, die Genusklausel als solche läßt nicht das Eigentum ohne weiteres auf den Depositar übergehen, wie Nithack (S. 46) und Vogel (S. 20) behaupten, die bei erteilter Genusklausel das depositum regulare von vornherein für ein depositum irregulare halten. Dagegen Breit (DG. S. 13), Pechmann (S. 39), Rießer (S. 31); RG. 52, 202. Sendet nun der Lokalbankier ohne einen Aneignungsakt vorgenommen zu haben, die Papiere an den Zentralbankier, so ist darin eine Aneignung zu erblicken, falls er die Mitteilung nach § 8 unterläßt. In der Absendung liegt dann die Aneignung. Der Zentralbankier empfängt keine „fremden“ Papiere, sondern eigene des Absenders. Der Lokalbankier kann natürlich die Mitteilung trotzdem machen, in welchem Fall die Papiere Eigentum des Deponenten bleiben.

Die Genusklausel kann aber auch nur von der gesonderten Aufbewahrung entbinden, ohne eine Aneignung zu gestatten; dies ist der Fall beim sogenannten Sammeldepot, wie dies beim Giro-Effekten-Depot der Bank des Berliner Kassenvereins vorliegt. Bei einer großen Zahl von Verwahrern kann der Bankier von der Pflicht zur gesonderten Aufbewahrung der Papiere des einzelnen Eigentümers befreit werden. Er braucht nur die gleichen Effekten-Gattungen mehrerer Hinter-

leger als ganzes aufzubewahren. Die einzelnen Eigentümer verlieren das Eigentum an ihren Stücken; sie werden Miteigentümer an den Stücken der als ganzes besonders aufbewahrten Gattung. Es besteht hier Miteigentum nach Bruchteilen. Jeder Hinterleger kann nur über seinen Anteil, nicht aber über einzelne Stücke verfügen (§ 743 BGB.). Der Verwahrer wird hier also nicht Eigentümer der hinterlegten Stücke. Bei Weitergabe der Papiere besteht für ihn die Mitteilungspflicht nach § 8 DG.

Ein dritter Fall ist der, daß die Genusklausel die Aneignung der Papiere gestattet, der Deponent aber Eigentümer des Depots bleibt. Dies ist das sogenannte Summen- oder Tauschdepot. Das Depot besteht bis zur Lösung als depositum regulare. „Der Verwahrer soll nicht etwa bloß die ökonomische Sicherheit bieten, den Rückforderungsanspruch des Hinterlegers befriedigen zu können, er soll vielmehr wenn auch nicht die empfangenen Stücke selbst, so doch gleiche Summen gleichartiger Stücke jederzeit von dem eigenen Vermögen tatsächlich gesondert als fremdes Gut in Verwahrung halten, sodaß ihm nur die Freiheit bleibt, die Stücke des Depots gegen andere gleichartige umzutauschen.“ (v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des Allg. österr. Priv.-Rechts Bd. I, S. 378). Der Bankier kann also die hinterlegten Stücke sich aneignen, muß aber erst anstelle der wegzunehmenden andere Papiere legen. Der Eigentumsübergang an den weggenommenen Stücken ist aufschiebend bedingt durch die Hinterlegung anderer Stücke. Händigt der Verwahrer die Papiere an einen Dritten aus, nachdem er sie durch andere ersetzt hat, so ist er von der Mitteilung nach § 8 DG. befreit, da er ja Eigentümer der Papiere geworden ist.

Wie aus diesen Ausführungen hervorgeht, kann die Genusklausel verschiedenen Sinn haben. Wenn in der Begründung des Depotgesetzentwurfes (S. 44)

die Ansicht vertreten ist, daß die Genusklausel die Befreiung von der Mitteilungspflicht nach § 8 herbeiführe, so ist dies so allgemein ausgedrückt, nicht richtig. Nur bei einem depositum irregulare nach § 2 DG. tritt diese Folge stets ein, bei einem Summendepot unter der Bedingung, daß die Papiere gegen gleichartige vertauscht worden sind, bei einem Sammeldepot überhaupt nicht (vergl. v. Pechmann, S. 39; P. Adler, S. 118).

b) depositum regulare, mit der Ermächtigung zur eigennützigen Verfügung über die Papiere (Verfügungsklausel).

Ebensowenig wie die Genusklausel macht die Verfügungsklausel das depositum zu einem depositum irregulare. Die Papiere bleiben zunächst Eigentum des Deponenten. Gleich der Genusklausel kann auch die Verfügungsklausel einen verschiedenen Inhalt haben.

Ist der Bankier einfach ermächtigt, zu seinem Nutzen über die Papiere zu verfügen, so liegt darin die Befugnis, sich dieselben anzueignen. Nimmt der Depositar die Aneignung vor, so verwandelt sich das depositum regulare in ein depositum irregulare. Es ist aber immer eine unzweideutige Aneignungshandlung notwendig (RG. 52, 202). Hier entfällt die Mitteilungspflicht nach § 8.

Die Befugnis, über die Papiere zu eigenem Nutzen zu verfügen, kann durch Parteivereinbarung dahin eingeschränkt werden, daß bei der Verfügung das Eigentum des Deponenten bestehen bleiben soll. Der Bankier darf die Effekten nur zu einem bestimmten Zwecke benutzen, z. B. zur Weiterverpfändung oder zur Abstimmung in einer Generalversammlung. Macht der Bankier von dieser eingeschränkten Verfügungsbefugnis Gebrauch und händigt er die Papiere einem Dritten aus, so hat er die Mitteilungspflicht nach § 8 zu erfüllen, außer es handelt sich um eine Verpfändung, die wie oben ausgeführt, überhaupt nicht unter § 8 fällt.

2. Auch bei Ausantwortung der Effekten zu Report- oder Deportzwecken handelt es sich nicht um fremde Wertpapiere. Diese Prolongationsgeschäfte sind wirtschaftlich als Darlehen zu betrachten. Ihrer juristischen Konstruktion nach sind sie nach herrschender Ansicht ein aus zwei Zeitkäufen bestehendes einheitliches Geschäft. Der Hereinnehmer wird Eigentümer der Papiere. Der Bankier, der zwecks eines Prolongationsgeschäftes die Papiere an einen Dritten aushändigt, übergibt sie diesem zu Eigentum, nicht zur Verwahrung oder zum Zweck der Veräußerung.
3. Im Falle des Selbsteintrittes bei der Verkaufskommission ist der Bankier ebenfalls von der Mitteilungspflicht nach § 8 DG. befreit. § 400 HGB. gestattet dem Kommissionär, selbst als Käufer oder Verkäufer dem Kommittenten gegenüber zu treten, wenn es sich um den Einkauf oder Verkauf von Wertpapieren handelt, die einen Börsen- oder Marktpreis haben. Macht der Bankier von diesem Recht Gebrauch, so wird er Eigentümer der ihm zum kommissionsweisen Verkauf übergebenen Papiere. Gibt er sie dann seinerseits zur Veräußerung weiter, so behändigt er seine Papiere. Der Selbsteintritt muß aber immer vor der Einsendung der Papiere an den Zentralbankier erklärt werden. Die Banken treffen regelmäßig in ihren Geschäftsbedingungen die Bestimmung, daß sie alle Kommissionsaufträge durch Selbsteintritt erledigen. Dies bewirkt aber nicht, daß bei Übernahme einer Kommission auf Grund der Klausel der Selbsteintritt ohne weiteres vollzogen ist. Die Klausel will nur dem Bankier von vornherein das Recht einräumen, als Selbstkontrahent einzutreten, wenn er die Kommission ausführt. Teilt er die Ausführung mit, so liegt darin gleichzeitig die Eintrittserklärung. Dies ist auch die allgemeine Ansicht (Vergl. Breit Z.-Verb. K. S. 405). Die Klausel bewirkt also nicht, daß der Kommissionär schon bei Erteilung der Order dem Kommittenten gegenüber in die Stellung eines Verkäufers kommt und er Eigentümer der erhaltenen Papiere wird. Gibt nun der Lokalbankier die

erhaltene Order weiter, so tut er es zwar für eigene Rechnung, aber er händigt fremde Papiere aus, und somit besteht für ihn die Mitteilungspflicht nach § 8.

4. Auch bei der Einkaufskommission entbindet der Selbsteintritt den Kommissionär von der Mitteilungspflicht. Ist der Selbsteintritt vor der Weitergabe der Einkaufskommission erklärt, so ist die Weitergabe der Einkaufsorder an den Zentralbankier eine selbständige Deckungsorder für den Lokalbankier, und keine Weitergabe des vom Kunden erhaltenen Auftrages. Der Ankauf durch den Zentralbankier erfolgt nicht mehr für Rechnung des Kunden, sondern für Rechnung des Lokalbankiers. Im Gegensatz zu der Verkaufskommission bewirkt hier die generelle Erklärung in den Geschäftsbedingungen, als Selbstkontrahent eintreten zu wollen, den Wegfall der Mitteilungspflicht. Auch hier erlangt zwar der Kommissionär erst mit der Absendung der Ausführungsanzeige, in der die Selbsteintrittserklärung enthalten ist, dem Kunden gegenüber die Stellung eines Verkäufers, aber infolge der Generalklausel hat er von vornherein bei der Einkaufsorder für eigene Rechnung gehandelt.

Oft hat der Bankier sich zum Selbsteintritt entschlossen, es aber dem Kommittenten gegenüber nicht erklärt. Rießer (S. 72), Staub (Komm. II § 400 Anm. 31) wollen auch in diesem Fall die Mitteilungspflicht wegfallen lassen, da der Bankier vom Augenblick des Entschlusses an für eigene Rechnung handle und von einer Weitergabe des Auftrages nicht mehr gesprochen werden könne. Auch Breit (Selbsteintrittsrecht S. 184 2b) vertrat bisher diese Ansicht. Neuerdings (Z.-Verb. K. S. 374) bekennt er sich zur gegenteiligen Auffassung. Wohl mit Recht; denn ein bloßer innerer Wille, der nach außen hin gar nicht in Erscheinung tritt, ist rechtlich bedeutungslos. Auch könnte der Bankier sich leicht der Mitteilungspflicht entziehen, indem er die Mitteilung unterläßt, weil er bei Ausführung der Kommission die Absicht hatte, selbst einzutreten und so für eigene Rechnung zu handeln;

später ändert er aber seinen Willen und erklärt den Selbsteintritt nicht.

5. Die Pflicht des Einkaufskommissionärs, dem Zentralbankier mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe, entfällt im allgemeinen auch dann, wenn der Kunde auf Übersendung des Stückverzeichnisses verzichtet.

§ 3 DG. schreibt vor, daß der Einkaufskommissionär binnen 3 Tagen nach Ausführung der Kommission dem Kommittenten ein Verzeichnis der angeschafften Stücke mit näherer Angabe über die einzelnen Stücke zu übersenden habe. Mit der Absendung des Verzeichnisses geht das Eigentum an den angeschafften Stücken auf den Kommittenten über (§ 7 DG.). Die Übersendung des Verzeichnisses kann der Kunde der Bank erlassen in Form eines ausdrücklichen schriftlichen, nur für den einzelnen Fall geltenden Verzichtes (§ 3 Abs. 2 DG.). Über die Wirkung dieses Verzichtes bestimmt das Gesetz nichts. Die Meinungen in der Literatur gehen darüber auseinander. Der Streit dreht sich darum, ob der Kommittent auf die Eigentumsübertragung überhaupt oder nur auf die vom Depot-Gesetz bestimmte Art der Eigentumsübertragung verzichten will. Die erstere Ansicht, also Verzicht auf die Eigentumsübertragung überhaupt, vertritt hauptsächlich Rießer (S. 54), während Schweyer (S. 130), Lehmann (S. 834 Anm. 2), Bansa (S. 21), P. Adler (S. 74), Neukamp (bei Holtheim 7 S. 139) der zweiten Ansicht sind, die im Verzicht anf das Stückverzeichnis nur einen Verzicht auf die besondere Art der Eigentumsübertragung sieht. M. E. lassen sich die Folgen des Verzichtes nicht so allgemein bestimmen. In jedem einzelnen Fall ist unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien zu entscheiden. Die Banken pflegen für den Fall, daß der Kommittent eine Einkaufskommission erteilt, aber den Kaufpreis nicht oder nicht voll bezahlt, einen Verzicht auf das Stückverzeichnis zu verlangen. Für diesen Fall spricht — hierin ist Rießer zuzustimmen —

die Vermutung, daß der Kommittent auf die Übertragung des Eigentums an den angeschafften Stücken verzichtet, der Bankier also nur Gattungsschuldner wird; denn dem Bankier kann nicht zugemutet werden, den Kunden zum Eigentümer der Papiere zu machen, ohne für seine Kaufpreisforderung befriedigt zu werden. Überträgt der Bankier das Eigentum durch constitutum possessorium auf den Kunden, so ist er zwar durch sein gesetzliches Pfandrecht nach § 397 HGB. geschützt, aber trotz dieses Schutzes besteht für den Bankier ein großer Nachteil; indem er für den Kunden die Papiere bezahlt, legt er einen oft großen Teil seiner Geldmittel fest, ohne die angeschafften Papiere zur Kreditbeschaffung benützen und so die verauslagte Summe seinem Betriebskapital zuführen zu können. Aus dieser Erwägung heraus bestimmte der von der Reichstagskommission gestrichene § 4 des Depot-Gesetz-Entwurfes, daß der Kommissionär in einem solchen Falle die Übersendung des Stückverzeichnisses unterlassen dürfe. Handelt es sich also um eine Einkaufskommission mit Kreditierung des Kaufpreises, so ist der von der Bank mit dem Kunden vereinbarte Verzicht dahin auszulegen, daß der Kommissionär nur Stückschuldner wird, also über die angeschafften Stücke verfügen kann. Die meisten Banken haben übrigens im Anschluss an ein von den großen Berliner Bankinstituten erlassenes Zirkular (vgl. Rießer, Anl. 6) diese Folgen des Verzichtes in ihre Formulare aufgenommen.

Sieht man davon ab, daß der Kunde den Kaufpreis nicht bezahlt hat, oder daß die Verzichtsfolgen ausdrücklich fest bestimmt sind, so wird man in allen anderen Fällen der Verzichtserklärung zunächst nur die engere Bedeutung beilegen können, daß der Kommittent nur auf die besondere Übereignung durch das Stückverzeichnis und auf dieses als Beweisurkunde, nicht aber überhaupt auf die Übereignung verzichten wollte. Dem Kunden liegt daran, möglichst bald Eigentümer der von ihm bezahlten Effekten zu werden; er wird nicht ohne

weiteres auf die Vorteile, die ihm das Gesetz durch das Stückverzeichnis gewährt, verzichten. Dem steht das Interesse der Bank gegenüber, den Kunden zu einem Verzicht auf das Stückverzeichnis zu bewegen und diese Erklärung möglichst weit auszulegen. Aber nur der unzweifelhaft zum Ausdruck gekommene Wille des Kommittenten, daß die angeschafften Papiere Eigentum des Bankiers bleiben sollen, und dieser nur Gattung zu liefern braucht, kann der Verzichtserklärung eine so weit gehende Bedeutung geben. Der bloße Verzicht hat auch, wenn sich an die Kommission ein stillschweigender Depotvertrag anschließt, keineswegs die Wirkung, wie Breit (DG. S. 27, § 7 IV) meint, daß der Kommittent von vornherein mit einem irregulären Depot einverstanden ist. Vielmehr ist der Bankier nur von der besonderen Form der Eigentumsübertragung durch das Stückverzeichnis befreit. Dies entspricht dem Interesse des Kunden, dem gegenüber das Interesse des Bankiers als des wirtschaftlich stärkeren Teils weniger berechtigt ist. Stets ist die Verzichtserklärung so einschränkend auszulegen, wenn der Kunde sich der Bedeutung derselben garnicht bewußt ist, was wohl meistens der Fall sein wird.

Die Wirkung des Verzichtes für die Mitteilungspflicht des Lokalbankiers hängt also ganz von der Bedeutung der Erklärung im einzelnen Fall ab. Verzichtet der Kunde auf Eigentumsübertragung überhaupt, so entfällt die Mitteilungspflicht; denn der Kunde hat dann an den konkreten Stücken kein Interesse mehr. Die Mitteilung soll ja gerade das Recht an den einzelnen Stücken sichern. Will dagegen der Auftraggeber nur auf die bestimmte Art der Eigentumsübertragung durch Stückverzeichnis und den darin liegenden Beweis des Eigentumsüberganges verzichten, so bleibt die Mitteilungspflicht bestehen. So auch die allgemeine Meinung (Rießer S. 37; Lusensky S. 91; P. Adler S. 123). Nur v. Pechmann (S. 43) will in jedem Fall die Mitteilungs-

pflicht eintreten lassen. Denn die Voraussetzungen, an welche nach dem klaren und bestimmten Wortlaut des Gesetzes die Vorschrift desselben geknüpft sei, seien auch in dem Fall, daß der Kommittent auf Eigentumsübertragung überhaupt verzichtet habe, sämtlich gegeben. v. Pechmann gibt aber selbst zu, daß die ratio legis in diesem Fall nicht zutreffe, da der Kommittent einen persönlichen Anspruch an den Kommissionär habe, folglich auf den ihm in § 8 DG. zugedachten Schutz keinen Anspruch habe und wohl auch keinen Anspruch machen wolle.

6. Eine Vereinbarung über den Wegfall der Mitteilungspflicht ist, wenn sie zwischen Lokalbankier und Zentralbankier getroffen wird, natürlich wirkungslos. Denn dadurch würde der Zweck des Gesetzes, der in dem Schutz des Kunden liegt, einfach illusorisch. Anders ist es, wenn sich der Kunde gegenüber dem Lokalbankier mit einer Unterlassung der Mitteilung einverstanden erklärt. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Erteilt der Kunde die Befreiung von der Mitteilung bei Übergabe der Papiere zur Aufbewahrung, so hat das die Wirkung, daß der Lokalbankier bei einer eventuellen Weitergabe die Papiere dem allgemeinen Pfandrecht des Zentralbankiers unterwerfen und sie so zur Ausdehnung seines Kredits verwenden darf. Der Dispens bedarf deshalb der Form des § 2 DG. Nicht richtig ist die Ansicht P. Adlers (S. 120), daß ein in der Form des § 2 erteilter Dispens das Eigentum an den Papieren auf den Bankier übergehen läßt und den Kunden auf einen Anspruch auf Rückgewähr tantundem ejusdem generis beschränkt. Eine so weitgehende Bedeutung ist der Vereinbarung über den Wegfall der Mitteilung zunächst nicht beizulegen. Der Kunde, der dem Bankier die Vorteile des unbeschränkten Pfandrechts zukommen lassen möchte, will damit nicht auf sein Eigentum an den Papieren verzichten.

b) Wird bei Kommissionsaufträgen vom Kommittenten Dispens von der Mitteilung erteilt, so kann dies an sich auch mündlich oder generell erfolgen. Dies pflegt durch eine in die Geschäftsbedingungen aufgenommene Klausel folgenden Inhaltes zu geschehen: „Ich entbinde die X-Bank ein für allemal in allen von mir erteilten Kommissionsaufträgen von der Mitteilungspflicht nach § 8 DG.“ M. E. ist einer solchen Klausel die Wirkung zu versagen. Dadurch würde auf die leichteste Weise die für den Schutz des Kunden bestimmte Vorschrift des § 8 umgangen. Analog §§ 2 und 3 dürfte auch hier eine nur für den einzelnen Fall geltende, ausdrückliche, schriftliche Erklärung zu fordern sein. Vogel (S. 62) erklärt eine durch den Kunden erteilte Befreiung von der Mitteilungspflicht nur dann für wirksam, wenn der Kunde den Lokalbankier zum Eigentümer der Papiere macht, resp. auf Übertragung des Eigentums an den zu beschaffenden Papieren verzichtet. Er begründet dies damit, daß die im § 8 auferlegte Pflicht öffentlich rechtlicher Natur also zwingend sei und deshalb durch Parteivereinbarung nicht erlassen werden könne. Eine Befreiung von der Mitteilungspflicht sei nur in der Weise möglich, daß die Parteien die Voraussetzungen des § 8 in der erwähnten Weise tilgen. Dies ist nicht richtig. Die Mitteilungspflicht liegt zwar als gewerbepolizeiliche Verpflichtung auf öffentlich rechtlichem Gebiete, sie kann aber ebenso wie die Verpflichtung in §§ 1 und 3 durch Vereinbarung der Parteien beseitigt werden.

7. Mitteilungspflicht gegenüber einem im Auslande wohnenden Bankier. Bestritten ist, ob die Mitteilungspflicht entfällt, wenn an einen ausländischen Bankier eine Einkaufskommission — dieser Fall ist hauptsächlich praktisch — weitergegeben wird. Überwiegend wird diese Frage verneint, so Rießer (S. 74), Lusensky (S. 95), P. Adler (S. 125), Lampe (S. 37), Wolff (S. 73), Breit (DG.

S. 29). Dies wohl mit Recht. A. M. sind v. Pechmann (S. 42) und Schweyer (S. 140). Der Gesetzgeber könne keine für das Ausland wirkende Gesetze geben, auch gereiche eine Mitteilung, der Auftrag erfolge für fremde Rechnung, leicht dem Kommittenten zum Nachteil, indem der Auslandsbankier darin einen Versuch des deutschen Bankiers erblicken könne, sich der eigenen Haftung aus dem erteilten Auftrag zu entziehen und deshalb die Ausführung der Order wohl verweigern würde, was bei nur im Auslande gehandelten Papieren von schwerwiegenden Folgen sei. Die Gewichtigkeit dieser Gründe ist nicht zu bestreiten, aber gleichwohl ist in unserm Fall eine Mitteilungspflicht zu statuieren. Denn das Gesetz legt dem Kommissionär schlechthin die Pflicht zur Mitteilung auf; er hat nicht erst zu prüfen, ob diese auch die gesetzlichen Folgen hervorbringe, vielmehr muß er damit rechnen, daß auch das ausländische Recht eine dem § 8 DG. ähnliche Bestimmung enthält, der zufolge an den fremden Papieren kein anderes Pfandrecht als dasjenige für die Kaufpreisforderung geltend gemacht werden kann. Auch die in der Regel erfolgende Erklärung des ausländischen Bankiers, von der Mitteilung keine Notiz nehmen zu wollen, bildet für den deutschen Bankier keinen Grund, die Mitteilung zu unterlassen. Denn diese Erklärung ist meistens bedeutungslos: sofern der gute Glaube an das Eigentum des Übersenders im ausländischen Recht erheblich ist, wird er durch die Mitteilung stets zerstört. Einen Fall dieser Art berichtet K. Adler in Holdheims Mschr. 7 149. Ein großer Teil der österreichischen Banken hat bald nach dem Inkrafttreten des Deutschen Bank-Depot-Gesetzes beschlossen, die Vormerkung, daß die ins Depot genommenen Effekten dem Kommittenten nicht gehören, abzulehnen. Diese Ablehnung ist jedoch völlig unwirksam, denn nach österreichischem Recht erwirbt der Bankier, der Wertpapiere ins Depot nimmt, nur dann an denselben ein Pfandrecht, wenn er sie für Eigentum des Schuldners

hielt oder halten durfte. Durch die Mitteilung nach § 8 wird der gute Glaube an das Eigentum des Übersenders aufgehoben, was zur Folge hat, daß an den Papieren überhaupt kein Pfandrecht entsteht.

IV. Form der Mitteilung.

Die Mitteilung nach § 8 ist ihrer Rechtsnatur nach eine geschäftsähnliche Handlung, sie wird nicht, wie z. B. das Stückverzeichnis schon mit der Absendung wirksam, sondern erst mit dem Zugehen. Der Dritte braucht aber von dem Inhalt keine Kenntnis genommen zu haben (cfr. § 130 BGB.)

Die Form der Mitteilung steht im Belieben des Mitteilenden, es muß nur klar zum Ausdruck kommen, daß die Papiere fremdes Eigentum sind bezw. die Anschaffung für fremde Rechnung erfolgt. Der Name des Dritten, in dessen Auftrag der Lokalbankier tätig ist, braucht nicht genannt zu werden. Der Bankier unterläßt es natürlich immer, da er dem Zentralbankier keinen Einblick in seine Geschäftsbeziehungen gewähren will.

Bestritten ist, ob der Ausdruck „in Kommission" den gesetzlichen Anforderungen genügt. Rießer (S. 76 Anm.) und Stenglein (Anm. 1 zu § 8 DG.) verneinen es, während Adler (S. 122), Schweyer (S. 137), Breit (S. 29) und v. Pechmann (S. 42) dies bejahen. Hierzu ist folgendes zu bemerken: Die Mitteilung „in Kommission" besagt, daß der Absender als Kommissionär (also für einen Dritten) handelt. Tritt der Bankier als Selbstkontrahent ein, so handelt er nicht mehr für Rechnung eines Dritten. Er verkauft dann seine Papiere, resp. er verschafft sich die Papiere, die er den Kunden als Käufer liefern will. In diesem Fall ist der Lokalbankier garnicht mehr Kommissionär, was hätte also hier die Mitteilung „in Kommission" für einen Sinn? Diese

Erklärung kann also nur bedeuten, daß der Lokalbankier wirklich dem Zentralbankier als Kommissionär gegenübertritt, d. h. daß die übersandten Papiere fremde sind, resp. die Beschaffung der Effekten für fremde Rechnung geschieht. Dem folgt auch die Praxis. So haben in einem Rundschreiben der Verein Berliner Banken und Bankiers und im Anschluß daran die meisten anderen Banken bestimmt, daß die Klausel „in Kommission" zugleich die Mitteilung nach § 8 enthält, wenn nicht ausdrücklich ein anderes erklärt wird.

V. Rechtsfolgen der Mitteilung.

1. Die Mitteilung, daß die Papiere fremde sind, resp. die Anschaffung für fremde Rechnung erfolgt, hat zunächst die Folge, daß der Zentralbankier hinsichtlich des Eigentums an den Papieren bösgläubig wird. Der Erwerb eines Pfandrechtes besonders des allgemeinen Kommissionärpfandrechts nach § 397 wird dadurch aber nicht gehindert, sofern der Zentralbankier nicht auch inbetreff der Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers bösgläubig ist. Die besonderen Wirkungen der Mitteilung, wie sie der Abs. 2 des § 8 ausspricht, sind nicht eine Rechtsfolge der Mitteilung als solcher, sondern eine spezielle gesetzliche Folge, die sich als eine Ausnahme gegenüber den allgemeinen Regeln darstellt. Abs. 2 des § 8 bestimmt: „Der Dritte, welcher eine solche Mitteilung empfangen hat, kann an den übergebenen oder an den neu beschafften Papieren ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind."

Danach wird sowohl das in den Geschäftsbedingungen generell vereinbarte Pfandrecht wie das gesetzliche Kommissionärpfandrecht zu Gunsten des Kunden des Lokal-

bankiers auf solche Forderungen beschränkt, die aus diesem einzelnen Geschäft entstanden sind.

Die gleiche Beschränkung erfährt das handelsrechtliche wie bürgerlich rechtliche Zurückbehaltungsrecht (§ 369 HGB., § 273 BGB.). Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB., für welches keine Konnexität erforderlich ist, kann also nach erfolgter Mitteilung nur mehr wegen konnexer Forderungen geltend gemacht werden. Dieser Fall bezieht sich lediglich auf die Einkaufskommission. Denn nach § 369 müssen die zurückbehaltenen Papiere im Eigentum des Schuldners stehen. Dies ist dann bei der Einkaufskommission der Fall, wenn der Kommissionär durch constitutum possessorium oder durch Absendung des Stückverzeichnisses den Kommittenten zum Eigentümer der angeschafften Stücke gemacht hat. Bei Übergabe von fremden Papieren zur Aufbewahrung oder zum Verkauf ist die Geltendmachung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes ausgeschlossen, da die Papiere nicht dem Schuldner gehören. Auch ohne die Mitteilung des § 8 könnte hier kein Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB. geltend gemacht werden, da der gute Glaube des Gläubigers in diesem Fall ohne Bedeutung ist. Das Eigentum des Schuldners ist hier ein objektives Erfordernis (vgl. Staub II § 369 Anm. 20; Düringer-Hachenburg II § 369 Anm. 7).

Die Einschränkung des § 8 betrifft nicht nur das kaufmännische Retentionsrecht, wie Lusensky (S. 88) meint, sondern auch das weitergehende Zurückbehaltungsrecht des BGB. in § 273. Dies ergibt die allgemeine Fassung des Abs. 2: „Oder ein Zurückbehaltungsrecht" bezieht sich ebenso, wie „ein Pfandrecht" auf die beiden Ausdrücke „an den übergebenen oder neubeschafften Papieren." An den übergebenen fremden Papieren kann aber das kaufmännische Retentionsrecht des § 369 wie eben ausgeführt wurde, nicht geltend gemacht werden, es kann also nur das bürgerlich rechtliche Zurückbehaltungsrecht des § 273 in Betracht kommen. Ferner spricht für die Ausdehnung

der Beschränkung des § 8 auch auf das bürgerlich rechtliche Zurückbehaltungsrecht die Erwägung, daß ein vollkommener Schutz des Publikums vor dem Nachteil eines dem Zentralbankier zustehenden Zurückbehaltungsrechtes nur dann erreicht wird, wenn auch das bürgerlich rechtliche Zurückbehaltungsrecht beschränkt wird, da es im Gegensatz zum kaufmännischen Retentionsrecht in allen Fällen des § 8 geltend gemacht werden kann. Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. kann an sich schon nur wegen konnexer Forderungen geltend gemacht werden. Diese Konnexität ist aber nicht so eng zu fassen, wie die des § 8. Auch hinsichtlich solcher Forderungen, welche nicht mit Bezug auf die betreffenden Papiere entstanden sind, besteht das Zurückbehaltungsrecht des BGB., sofern zwischen dem Geschäft, aus dem die anderen Forderungen entstanden sind und dem die Wertpapiere betreffenden Geschäft: „eine natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses“ besteht (cfr. RG. 57, 1 ff.). Durch die Mitteilung des § 8 wird das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. auf konnexe Forderungen im engsten Sinne beschränkt.

2. Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers über die dem Zentralbankier als fremd übergebenen Effekten. Bestritten ist, ob die Mitteilung des § 8 außer der Beschränkung des Pfand- und Zurückbehaltungsrechtes noch die Folge hat, daß der Lokalbankier über die dem Zentralbankier als fremd übergebenen Effekten nicht mehr frei verfügen darf.

Eine Verfügung des Lokalbankiers kann auf dreifache Weise erfolgen. Er kann erstens die Papiere sich vom Zentralbankier aushändigen lassen, ferner kann er ihn beauftragen, die Papiere zu veräußern und den Erlös ihm gutzuschreiben, schließlich kann er die in Depot B befindlichen Papiere vom Zentralbankier ins Depot A legen lassen. Das RG. hat am 19. 1. 98 entschieden (Bd. 41 S. 32), daß eine Verfügung nur im ersten Falle zulässig sei, nicht aber in den beiden anderen Fällen.

Die Begründung ist im wesentlichen folgende: Selbst wenn der Zentralbankier für seine Forderungen betreffs dieser Papiere voll befriedigt sei und wenn in diesem Falle der Lokalbankier die Befugnis habe, die Rückgabe der Papiere an sich selbst zu verlangen, so sei doch der Zentralbankier nicht befugt, weitergehende Verfügungen des Lokalbankiers anzunehmen, es sei denn, daß dieser sein unbeschränktes Verfügungsrecht nachweise, oder daß der Zentralbankier dies redlicherweise vermuten könne. Der Zentralbankier brauche sich übrigens nicht auf eine Prüfung der ihm vom Lokalbankier vorgelegten Nachweise einzulassen, er könne die damit verbundene Gefahr von sich ablehnen und es dem Lokalbankier überlassen, die Papiere nach Erledigung der Forderungen, für welche sie nach § 8 Abs. 2 haften, aus dem Depot zurückzuziehen. Dieser Entscheidung des Reichsgerichtes sind Vogel (S. 67) und P. Adler (S. 121) beigetreten, letzterer allerdings nur für den Fall, daß auf Weisung des Lokalbankiers eine Übertragung der als fremd bezeichneten Wertpapiere von dem pfandfreien Depot B auf das pfandpflichtige Depot A stattfinden soll. Die Mehrzahl der Schriftsteller lehnt jedoch die Ansicht des Reichsgerichts ab, so Rießer (S. 81 ff.), Breit (S. 33), Lampe (S. 43), v. Pechmann (S. 47), Bonn (S. 236/37). Auch m. E. ist die Entscheidung des Reichsgerichts nicht haltbar. Nach dem Reichsgericht ist der Zentralbankier gleichsam dazu berufen, das Eigentum des Kunden gegenüber rechtswidrigen Eingriffen des Lokalbankiers zu schützen. Dies läßt sich weder nach BGB. und HGB., noch nach DG. rechtfertigen, auch ist die Durchführung dieses Schutzes unmöglich. Es steht im freien Belieben des Zentralbankiers, eine ihm vom Lokalbankier zugegangene Offerte anzunehmen, seine Befugnis, dies zu tun, kann nicht von irgendwelchen Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Die dem Zentralbankier auferlegte Pflicht, sich zu vergewissern, ob durch die Verfügung des Lokalbankiers nicht das Eigentum eines ihm unbekannten

Dritten verletzt werde, mit dem er in gar keiner Geschäftsverbindung steht, widerspricht den im Verkehr üblichen Grundsätzen. Denn das heißt nichts anderes, als eine Unredlichkeit des Lokalbankiers zu präsumieren, während doch vielmehr, wie auch sonst im Geschäftsverkehr der Kontrahent als redlich angesehen werden darf und es in der Regel auch ist. Bei einem Bankier, der so redlich war, die Papiere überhaupt als fremde zu bezeichnen, ist die Annahme einer Unredlichkeit bei späteren Geschäften über diese Papiere umso weniger gerechtfertigt. Gegen die Ansicht des Reichsgerichts spricht auch die Unmöglichkeit, den Nachweis des Lokalbankiers über seine Verfügungsberechtigung zu prüfen. Dieser Nachweis besteht in der Erklärung, daß der Kunde seine Einwilligung zu der betreffenden Verfügung gegeben habe. Wie soll aber der Zentralbankier die Wahrheit dieser Versicherung prüfen, wo ihm doch der Eigentümer der Papiere in der Regel völlig unbekannt ist? Der Nachweis würde nur dann seinen Zweck erfüllen, wenn er in einer vom Eigentümer selbst abgegebenen Erklärung bestünde. Die Erbringung eines derartigen Nachweises wäre aber mit den Geschäftsinteressen des Lokalbankiers nicht vereinbar. Dazu kommt die technische Unmöglichkeit, die einzelnen Nachweise zu prüfen. Wie sollte eine Großbank — und diese kommt hier vor allem in Betracht - die täglich in größter Zahl aus der Provinz ankommenden Verkaufsaufträge alle einzeln auf die Berechtigung des Kommittenten hin prüfen. Aber selbst eine so weitgehende Prüfung würde das Eigentum des Kunden nicht schützen können. Der Lokalbankier könnte sie leicht umgehen, indem er die Papiere von Konto B zurückfordert und sie ohne Bezeichnung als fremde dem Zentralbankier zur Aufbewahrung oder zum Verkauf wieder aushändigt. Diese Möglichkeit gibt auch das Reichsgericht zu.

Die Bankpraxis muß sich jedoch an die höchst richterliche Entscheidung halten. Es mußte also eine

Norm gefunden werden, wenn der Zentralbankier redlicherweise annehmen durfte, daß der Lokalbankier zur Verfügung berechtigt wäre. Die sogenannte Stempelvereinigung und im Anschluß daran viele andere Banken haben deshalb beschlossen, vom Lokalbankier eine handschriftlich unterzeichnete Erklärung zu fordern. Diese Erklärung, die der Vereinfachung halber in den Auftragsformularen vorgedruckt ist (in Depeschen mit „autorisiert“ abgekürzt) hat allgemein folgenden Inhalt: „Ich versichere, daß mir seitens meines Auftraggebers die Verfügung über diese Wertpapiere eingeräumt worden ist“. Dieser Nachweis der Verfügungsberechtigung ist jedoch ein rein formaler, von einer materiellen Nachprüfung des Verhältnisses zwischen Lokalbankier und Eigentümer ist keine Rede, ebensowenig wie von einer hierdurch erfolgenden Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers.

Die Verfügungen des Lokalbankiers über die als fremd bezeichneten Effekten gestalten sich folgendermaßen:

a) Der Lokalbankier beauftragt den Zentralbankier, die Papiere zu verkaufen und den Erlös ihm gutzuschreiben. Der Verkaufsauftrag des Lokalbankiers ist eine Offerte zum Abschluß eines Kommissionsvertrages. Wie oben erwähnt wurde, steht es im freien Belieben des Zentralbankiers, diese Offerte anzunehmen. Zu einer Prüfung der Verfügungsberechtigung ist er ebensowenig verpflichtet, wie wenn der Lokalbankier von vornherein einen Kommissionsauftrag mit der Mitteilung nach § 8 gibt. Die Papiere unterliegen bis zum Verkauf dem beschränkten Pfandrecht des Zentralbankiers. Ist der Verkauf ausgeführt, so hat er den Erlös dem Lokalbankier gutzuschreiben. War der letztere zur Verfügung nicht berechtigt, so kann sich der Zentralbankier dem Eigentümer der Papiere nach § 823 BGB. schadensersatzpflichtig machen, falls er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Dies wird aber nur selten der Fall sein.

b) Der Lokalbankier beauftragt den Zentralbankier, die Papiere von Konto B auf Konto A zu buchen. In diesem Auftrag liegt eine Offerte zum Abschluß eines Pfandvertrages. Wie im vorhergehenden Fall, so steht es auch hier den Zentralbankier völlig frei, die Offerte anzunehmen. Ist der Lokalbankier zu einer solchen Verfügung über die als fremd bezeichneten Effekten berechtigt, so erlangt der Zentralbankier ein allgemeines Pfandrecht an den Papieren. Ist die Verfügung unberechtigt, so wird trotzdem in den meisten Fällen ein allgemeines Pfandrecht entstehen auf Grund des guten Glaubens des Zentralbankiers. Denn wie im Geschäftsverkehr überhaupt, so ist auch hier die Redlichkeit des Zentralbankiers zu vermuten. Die Annahme einer Verfügungsberechtigung seitens des Zentralbankiers wird sich also unter gewöhnlichen Umständen nicht als grobe Fahrlässigkeit darstellen. Ist der Zentralbankier bösgläubig, so entsteht trotz der Umbuchung kein allgemeines Pfandrecht, die Effekten haften dann auch auf Konto A nur beschränkt. A. M. ist für diesen Fall besonders P. Adler. Der Zentralbankier habe die Pflicht, einen Umbuchungsauftrag des Lokalbankiers abzulehnen, falls dieser nicht seine Berechtigung nachweist; denn in diesem Fall spreche die Vermutung gegen eine Berechtigung. Wie schon oben betont wurde, heißt dies die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr völlig umkehren. Der eine Umbuchung beantragende Lokalbankier wird entweder das Eigentum an den Papieren erworben haben, oder vom Eigentümer ermächtigt sein, die Papiere unter Wahrung des Eigentums zu Kreditzwecken zu verwenden. Von dieser Annahme darf der Zentralbankier ausgehen und er braucht keineswegs in dem Auftrag des Lokalbankiers die Papiere auf Konto A zu buchen, einen Widerspruch in seinen Erklärungen zu sehen, der eine Prüfungspflicht rechtfertigt.

Anmerkung: Wirkung einer nachträglichen Mitteilung nach § 8. Hat der Lokalbankier bei Übersendung von Effekten an den Zentralbankier die ihm obliegende Mitteilung, sei es absichtlich, sei es aus Versehen, unterlassen, so steht nichts im Wege, die Mitteilung noch nachträglich zu erstatten. Dies hat jedoch keine rückwirkende Kraft. Ein bereits entstandenes Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht wird von der Einschränkung des Absatz 2 § 8 nicht betroffen. Erst nach der Mitteilung entstehende Pfandrechte werden mit der Beschränkung des § 8 erworben. Hat der Zentralbankier überhaupt noch kein Pfandrecht erworben, so muß er die Papiere auf Konto B buchen.

3. Die Umgestaltung der Folgen des § 8 durch die Praxis.

Die berechtigte und notwendige Maßnahme, das allgemeine Pfand- und Rückbehaltungsrecht des Zentralbankiers an fremden Wertpapieren zu beschränken, hatte in der Praxis eine für den Zentralbankier höchst nachteilige Folge. Aus banktechnischen Gründen kann er nämlich an den als fremd bezeichneten oder für fremde Rechnung angeschafften Papieren überhaupt kein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Um das beschränkte Pfandrecht geltend machen zu können, müßte der Zentralbankier für die einzelnen Forderungen, wie für die einzelnen dafür haftenden Papiere gesonderte Konten anlegen. Die Führung einer solchen ungeheuren Zahl von Konten ist aber nicht nur banktechnisch, sondern auch deshalb unmöglich, weil der Lokalbankier sowohl der einfachen Ausführung halber, wie zur Wahrung seiner Geschäftsinteressen die Aufträge verschiedener Kunden in einem Auftrage gesammelt weiter gibt, so daß der Zentralbankier garnicht erfährt, wie viele Kunden und in welcher Höhe sie beteiligt sind.

Um diese Schwierigkeiten zu beseitigen, faßte deshalb kurz vor dem Inkrafttreten des DG. der Verein

Berliner Banken und Bankiers (die sogenannte Stempelvereinigung) am 21. Juli 1896 folgenden Beschluß:

„Im laufenden Geschäfte es abzulehnen, mehr als Zwei-Depot-Konti anzulegen, und zwar das eine Konto (A) für diejenigen Effekten, welche dem Kommissionär für seine Ansprüche haften, das zweite Konto (B) für diejenigen Papiere, welche nach § 8 des Gesetzes als fremde bezeichnet werden würden. Dabei soll der Kundschaft mitgeteilt werden, daß dieses zweite Konto (B) nicht geeignet sei, im laufenden Geschäfte als Kreditunterlage zu dienen und zwar auch nicht für Forderungen, die aus den einzelnen Geschäften, speziell über diese fremden Wertpapiere herrühren".

Diesem Beschlusse haben sich die meisten anderen Banken angeschlossen. War dadurch das Interesse des Zentralbankiers gesichert, so kam doch andererseits der Lokalbankier in eine unangenehme Lage. Machte er die Mitteilung nach § 8, so konnte er überhaupt keinen Kredit auf die Papiere erhalten. Unterließ er die Mitteilung, so machte er sich strafbar nach § 9 Abs. 2 DG. In sehr vielen Fällen wird der Lokalbankier von seinem Kunden für Mittel in Anspruch genommen, in einem Umfange, der es ihm unmöglich macht, dem Verlangen des Kunden nachzukommen, falls er nicht beim Zentralbankier sich diese Mittel beschaffen kann. Es kommt hier vor allem der Fall in Betracht, daß der Kunde eine Einkaufsorder erteilt, ohne den Kaufpreis zu berichtigen. Der Lokalbankier kann zwar ohne Risiko den Auftrag ausführen, da er durch sein Pfandrecht gedeckt ist, oft wird er aber selbst nicht die Mittel zur sofortigen Begleichung des Kaufpreises haben. Macht er die Mitteilung nach § 8, wozu er zunächst verpflichtet ist, so wird der Zentralbankier die Ausführung des Auftrages ablehnen, da er einem ihm unbekannten Dritten nicht ohne jede Sicherheit Kredit geben kann. Es bleibt also dem Lokalbankier nichts anderes übrig, als von dem

Kunden einen Verzicht auf das Stückverzeichnis zu fordern (§ 3 Abs. 2 DG.), damit er die Mitteilung nach § 8 unterlassen kann. Der Verzicht bedeutet in diesem Falle Verzicht auf Eigentumsübertragung überhaupt. Der Kunde hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Lieferung von Papieren gleicher Art, Güte und Menge. Hiermit wird aber der unregelmäßige Depotvertrag begünstigt, während ihn das Depot-Gesetz möglichst einschränken wollte.

4. Was die Buchung auf Konto A oder Konto B betrifft, so hat diese nicht die Bedeutung, daß dadurch an sich eine rechtliche Wirkung hervorgebracht wird. Es kommt nur auf den zugrundeliegenden Sachverhalt an. Werden z. B. für fremd erklärte Effekten irrtümlich auf Konto A gebucht, so haften sie trotzdem nicht. Andererseits unterliegen die Effekten trotz Buchung auf Konto B dem allgemeinen Pfandrecht, wenn sie zwar als fremd bezeichnet wurden, es aber nicht sind, so z. B., wenn der Lokalbankier bei einer Einkaufskommission für eigene Rechnung die Anschaffung der Papiere als für fremde Rechnung erfolgend erklärt hat, um die Papiere dem allgemeinen Pfandrecht des Zentralbankier zu entziehen.

VI. Verhältnis des § 8 DG. zu den Bestimmungen des BGB. und HGB. über den guten Glauben.

Besonders für die Praxis ist die Frage wichtig, welche Bedeutung der gute Glaube des Zentralbankiers gegenüber § 8 DG. hat. Das Reichsgericht hat darüber in zwei Urteilen entschieden (RG. 68, 130; 71, 337), in der Literatur haben diese Frage hauptsächlich Breit (DG. S. 30 ff., LZ. 09, 11), Bonn (B. A. S. 236) und Nithack (Zentralbankier

und Lokalbankier) behandelt, freilich ohne dabei auf einen einheitlichen Standpunkt zu kommen.

Es sind hierzu zwei Fälle zu unterscheiden: Wie gestaltet sich der Pfandrechtserwerb des Zentralbankiers, wenn die Mitteilung unterbleibt, wie andererseits, wenn die Mitteilung erfolgt, aber damit die Versicherung verbunden wird, daß der Kunde mit der Buchung auf Konto A einverstanden sei.

1. Rechtsfolgen bei Unterlassung der Mitteilung.

Übersendet der Lokalbankier Papiere eines Kunden an den Zentralbankier zu einem der in § 8 Abs. 1 bezeichneten Zwecke, ohne dabei mitzuteilen, daß die Papiere fremde sind, so wird in der Regel der Zentralbankier den Lokalbankier für den Eigentümer halten und nach den Bestimmungen des BGB. §§ 1293, 1207, 932 das allgemeine Pfandrecht gemäß dem Gesetz oder gemäß den Geschäftsbedingungen erwerben. Weiß aber der Zentralbankier trotz unterbliebener Mitteilung, daß die Papiere nicht dem Lokalbankier gehören, so ist er im Falle einer unberechtigten Verfügung des Lokalbankiers durch § 366 HGB. geschützt, er erwirbt also trotz Kenntnis des fremden Eigentums das allgemeine Pfandrecht, sofern er hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers im guten Glauben ist. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht entschieden, welches in Bd. 68, S. 133 ff. ausführt, daß das Bankdepot-Gesetz die allgemeinen Bestimmungen über den guten Glauben nach §§ 1293, 1207, 932 BGB. ebenso § 366 HGB. unberührt gelassen habe, und so dem Erwerbe des allgemeinen Pfandrechts bei Unterbleiben der Mitteilung nichts entgegenstehe; und daß insbesondere der Zentralbankier keineswegs die Pflicht habe, bezüglich des Eigentums an den übersandten Papieren noch eine besondere Anfrage an die andere Bank zu richten. Der Zentralbankier, der trotz unterlassener Mitteilung weiß, daß er fremde Effekten empfängt, erwirbt also dann kein Pfandrecht, wenn er hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers bösgläubig ist. Wie aber, wenn er betreffs

des Unterlassens der Mitteilung bösgläubig ist? An sich ist dies bedeutungslos. Denn das Gesetz knüpft Rechtsfolgen nur an die tatsächlich erfolgte Mitteilung; es heißt in § 8: „der Dritte, welcher eine solche Mitteilung empfangen hat . . . .“ Aber hier dürfte wohl die Kenntnis des wahren Sachverhalts seitens des Zentralbankiers der wirklich erfolgten Mitteilung gleichzustellen sein; folglich kann der Zentralbankier, welcher weiß, daß der Lokalbankier gesetzwidrig handelt, nur das beschränkte Pfandrecht des § 8 Abs. 2 geltend machen. (Ebenso Lehmann-Ring II § 397 Anm. 8 cc.).

2. Weit zweifelhafter als im vorhergehenden Fall gestaltet sich das Verhältnis von §§ 366, 397 HGB. zu § 8 DG. dann, wenn der Lokalbankier die übersandten Effekten als fremd bezeichnet, aber zugleich versichert, daß er darüber unbeschränkt verfügen dürfe. Dieser Fall liegt der Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. Juni 1909 zu Grunde (RG. Bd. 71, 337 ff.).

Der Tatbestand ist folgender:

Mit Schreiben vom 10. März 1906 hatte die Bankgesellschaft Q. & Co. in Dresden an die verklagte Bank in Berlin, mit der sie in laufender Rechnung stand, zwei Aktien zu je 1000 Mk. zur eventuellen Ablieferung und Berechnung übersandt. Dem Schreiben lag ein Orderzettel bei, wonach die Beklagte mit Gültigkeit „bis ult. cr.“ beauftragt wurde, die Aktien zum Kurse von nicht unter 146½% zu verkaufen. Der von der Auftraggeberin unterzeichnete Vordruck des Orderzettels bezeichnete die Aktien als der Beklagten „für fremde Rechnung zugehende Wertpapiere“ und schloß mit den Worten: „Wir versichern, daß uns seitens unseres Auftraggebers die Verfügung über diese Wertpapiere eingeräumt worden ist.“

Der Verkaufsauftrag konnte bis Ende Juli 1906, bis wohin er von Monat zu Monat verlängert worden war, nicht ausgeführt werden. Am 23. August 1906 wurde über das Vermögen der Bankgesellschaft Q. & Co. der Konkurs eröffnet. Am 13. August hatte die Beklagte zwecks

Deckung ihres Guthabens an die Firma die Aktien zum Kurse von 137½% verkauft.

Mit der Behauptung, er sei der Eigentümer der Aktien gewesen und habe sie der Bankgesellschaft Q. & Co. zum Verkauf nicht unter 146½% übergeben, forderte der Kläger Herauszahlung des für die zwei Aktien erzielten Erlöses nebst Zinsen.

Nach diesem Tatbestand handelt es sich um eine Verkaufskommission; solange die Papiere noch nicht verkauft sind, bleiben sie Eigentum des Kommittenten. Der Kläger war also im vorliegenden Fall zur Zeit der Konkurseröffnung über die Bankgesellschaft Q. & Co. noch Eigentümer der Papiere. Da die Effekten als fremd bezeichnet waren, konnte die Berliner Bank nur das beschränkte Pfandrecht nach § 8 Abs. 2 geltend machen und sie hätte kein Recht, die Papiere zur Verwirklichung eines allgemeinen gesetzlichen oder vertraglichen Pfandrechtes zu verkaufen, wie sie es tatsächlich getan hat. In unserem Falle erleidet aber dieser einfache Tatbestand dadurch eine Veränderung, daß die Bank Q. & Co. die Versicherung abgegeben hatte, über die Effekten verfügen zu dürfen. Diese Versicherung entsprach nicht der Wahrheit; aber trotzdem erkannten die beiden Gerichte I. Instanz ein gültig entstandenes unbeschränktes Pfandrecht der Beklagten an und wiesen die Klage ab, mit der Begründung, daß die Beklagte durch § 366 geschützt sei. Das Reichsgericht stimmte nun dem Berufungsgericht zunächst zu, daß die allgemeinen Grundsätze über den guten Glauben auch im Bereiche des BDG. anzuwenden seien. Würde die Mitteilung nach § 8 den Erwerb eines unbeschränkten Pfandrechtes unter allen Umständen ausschließen, so könnte dieser Erwerb selbst dann nicht stattfinden, wenn der Eigentümer seine Zustimmung gegeben habe. Auch gehe weder aus der Entstehungsgeschichte, noch aus dem Wortlaut des § 8 hervor, daß die im Handelsverkehr geltende Wirkung des guten Glaubens nach § 366 HGB. im Anwendungsgebiete

des BDG. nicht eintreten soll. Andererseits sei aber auch die Bedeutung des § 8 nicht zu verkennen. Während nämlich nach §§ 932, 1207, 1293 BGB. und § 366 HGB. an sich dem, der den schlechten Glauben geltend mache, die Beweislast für dessen Vorhandensein obliege, finde im Bereich des BDG. eine Umkehrung der Beweislast statt. Abs. 2 des § 8 hindere grundsätzlich die Entstehung des allgemeinen Pfandrechtes. Wolle der Empfänger der Papiere ausnahmsweise doch ein Zeugnis geltend machen, so müsse er seinen guten Glauben nachweisen. Zur Führung dieses Nachweises genüge nicht der vom Lokalbankier anerkannte Druckzettel, den der Zentralbankier dem Lokalbankier selbst geliefert habe.

Bei Beurteilung der Frage, ob trotz der Mitteilung nach § 8 das allgemeine Pfandrecht erworben werden kann, ist zunächst festzustellen, ob zwischen dem Lokalbankier und Zentralbankier nicht ein eigentlicher Verpfändungsvertrag über die Papiere abgeschlossen ist. Wie oben (S. 7) hervorgehoben, fällt die Übergabe zum Pfand überhaupt nicht unter § 8. Gestattet der Kunde seinem Bankier, die Papiere zur Erweiterung seines Kredits dem Zentralbankier zu verpfänden, so ist der Lokalbankier zur Mitteilung nach § 8 nicht verpflichtet. Macht er gleichwohl die Mitteilung, so erwirbt der Zentralbankier trotzdem das Pfandrecht, bei welchem sich der Umfang der Haftung nach der Vereinbarung mit dem Lokalbankier richtet. Gewöhnlich sollen die Papiere vom Zentralbankier auf Konto A übernommen werden; sie dienen dann ganz allgemein als Kreditunterlage, indem sie für alle etwaigen Forderungen gegen den Lokalbankier haften. Auch das Reichsgericht will in diesem Fall trotz der Mitteilung das allgemeine Pfandrecht entstehen lassen. Die vorgeschriebene Mitteilung schließe nicht unter allen Umständen den Erwerb eines über die Schranken des § 8 Abs. 2 hinausgehenden Pfandrechtes aus; denn sonst ergebe sich, was selbstverständlich nicht gewollt sein könne, daß dieser Erwerb selbst dann nicht eintrete, wenn die Zustimmung des

Eigentümers in zweifelsfreier Weise nachgewiesen würde. Zunächst ist festzuhalten: Hat der Eigentümer seine Zustimmung zur Verpfändung gegeben, so erwirbt der Zentralbankier das allgemeine Pfandrecht kraft der Geschäftsbedingungen, sofern nicht eine engere Begrenzung der Haftung vereinbart ist. Fehlt die Einwilligung des Eigentümers, so greifen die allgemeinen Grundsätze, besonders § 366 HGB. ein. Wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen, darf der Zentralbankier der Erklärung des Lokalbankiers, der Eigentümer sei mit der Verpfändung einverstanden, vertrauen, und er erwirbt dann nach § 366 das Pfandrecht. Von dem eigentlichen Verpfändungsvertrag, der nicht unter § 8 fällt, ist der Fall zu unterscheiden, daß die Übersendung der Effekten zu einem der im § 8 Abs. 1 bezeichneten Zwecke erfolgt und damit die Mitteilung verbunden wird, die Papiere dürfen mit Zustimmung des Eigentümers auf Konto A gebucht werden. Hier ist Hauptzweck des Vertrages nicht die Verpfändung, sondern Aufbewahrung oder Ausführung eines Kommissionsauftrages, bei dem der Abs. 2 des § 8 außer Kraft treten soll, d. h. der Verwahrungsvertrag oder Kommissionsvertrag soll diejenigen Nebenfolgen haben, die ohne die Beschränkung des § 8 Abs. 2 nach dem Gesetz oder nach den Geschäftsvereinbarungen an sich eintreten. Dieser Fall wird meistens in folgendem praktisch werden: Der Kunde erteilt seinem Bankier eine Verkaufskommission und erklärt sich damit einverstanden, daß die Papiere, solange sie unverkauft beim Zentralbankier liegen, was namentlich bei limitierten Orders in Betracht kommt, vom Lokalbankier zu Kreditzwecken benützt werden dürfen. In diesem Fall ist der Lokalbankier überhaupt nicht zu der Mitteilung des § 8 verpflichtet. Die trotzdem gemachte Mitteilung hindert den Erwerb des allgemeinen Pfandrechtes auf seiten des Zentralbankiers nicht.

Zweifelhaft ist es, wenn der Lokalbankier die Zustimmung des Eigentümers zur Buchung auf Konto A wahrheitswidrig behauptet. Diesen Fall behandelt die oben

zitierte Reichsgerichtsentscheidung, nach der es hier auf den guten Glauben des Zentralbankiers ankommt. Nach der Ansicht des Reichsgerichts hat auch im Bereich des DG. der § 366 HGB. volle Geltung, nur die Beweislast soll hier eine Umkehrung erfahren. Die Einzelheiten der Entscheidung sind oben schon angeführt. Die Ansicht des Reichsgerichtes ist nicht ganz zutreffend, wenigstens nicht für den Fall einer Verkaufskommission oder einer Bezugs- und Umtauschkommission, soweit das gesetzliche Kommissionärpfandrecht nach § 397 HGB. in Betracht kommt. Nach § 366 Abs. 3 erwirbt der Kommissionär das ihm nach § 397 zustehende gesetzliche Pfandrecht auch dann, wenn das Kommissionsgut nicht dem Kommittenten gehört, der Kommissionär aber gutgläubig annimmt, daß der Kommittent für den Eigentümer verfügen dürfe. Die Verfügung für den Eigentümer bedeutet hier so viel als die Ermächtigung, einen Kommissionsvertrag über die fremden Papiere zu schließen. In dem vom Reichsgericht angeführten Fall war aber der Kommittent beauftragt, die Papiere zu verkaufen. Es fehlt also die Voraussetzung für die Anwendung von § 366, dessen Bestimmungen über den guten Glauben nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Lokalbankier überhaupt kein Recht hatte über die Effekten zu verfügen. In unserm Fall kann sich der gute Glaube des Kommissionärs nur darauf erstrecken, daß der Kommittent (der Lokalbankier) befugt war, über die Effekten ohne die Beschränkung des § 8 Abs. 2 zu verfügen; der gute Glaube an die freie Verfügungsbefugnis des Kommittenten fällt aber nicht unter § 366. Der Zentralbankier erwirbt also infolge der Mitteilung nach § 8 nur das beschränkte Pfandrecht. Die Erklärung, die Effekten dürfen mit Zustimmung des Eigentümers auf Konto A gebucht werden, ist wirkungslos. § 366 kommt dann in Betracht, wenn der Lokalbankier zur kommissionsweisen Veräußerung überhaupt nicht befugt ist. Nimmt der Zentralbankier diese Befugnis gutgläubig an, so erwirbt er das gesetzliche Pfandrecht nach § 397, aber wegen der Mitteilung nach § 8 nur in dem

beschränkten Umfang des Abs. 2 § 8. Weiter erstreckt sich der gute Glaube des § 366 in diesem Falle nicht. Es fragt sich aber, ob an diesem Ergebnis festzuhalten ist und nicht trotzdem eine Ausdehnung des guten Glaubens für geboten erscheint. Diese Frage ist später noch zu erörtern.

Bisher handelte es sich um den Erwerb des gesetzlichen Kommissionärpfandrechtes im Bereich des § 8 DG. Meistens pflegt zwischen dem Zentralbankier und dem Lokalbankier noch ein generelles Pfandrecht vereinbart zu werden, das in seinem Umfang über das gesetzliche Pfandrecht des § 397 hinausgeht. Besteht ein solches allgemeines Vertragspfandrecht, so will der Lokalbankier durch die Versicherung, der Eigentümer habe zur Buchung auf Konto A sein Einverständnis gegeben, die übersandten Effekten natürlich vor allem diesem umfassenderen Pfandrecht unterwerfen. Wie gestaltet sich in diesem Fall das Verhältnis von § 366 zu § 8, wenn die Mitteilung der Wahrheit nicht entspricht? Zunächst darf es sich nicht um einen eigentlichen Pfandvertrag handeln, sondern es muß eine Verkaufskommission (diese ist hauptsächlich praktisch) vorliegen, bei welcher § 8 außer Kraft gesetzt werden soll. Die Frage, ob auf die Verpfändung oder auf die Verkaufskommission der Nachdruck zu legen ist, wird freilich im einzelnen oft zweifelhaft sein. Ist die Verkaufskommission ohne die Wirkung des § 8 Abs. II der Hauptzweck, so kommt § 366 Abs. I in Betracht. Zum Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts nach § 397 genügt der gute Glaube, daß der Kommittent befugt sei, für den Eigentümer zu verfügen, d. h. den Kommissionsvertrag abzuschließen. Soll aber das Kommissionsgut außerdem noch einem vertraglichen Pfandrecht unterworfen werden, so muß sich der gute Glaube des Kommissionärs auch auf die Befugnis des Kommittenten zur Verpfändung erstrecken. Handelt es sich also um den Erwerb eines in den Geschäftsbedingungen vereinbarten generellen Pfandrechtes an den fremden Effekten, so ist der Zentralbankier,

der der Erklärung des Kommittenten, zur Verpfändung berechtigt zu sein, vertraut, nach § 366 Abs. 1 gutgläubig. Die Versicherung der freien Verfügung seitens des Lokalbankiers besagt, daß er nicht nur berechtigt ist, die Papiere verkaufen zu lassen, sondern auch dieselben bis zur Perfektion des Verkaufes zu Kreditzwecken durch Verpfändung zu verwenden. In der Versicherung liegt also die Grundlage für den guten Glauben nach § 366. Anders ist es, wie sich oben gezeigt hat, beim gesetzlichen Pfandrecht. Der klare Wortlaut des § 366 schützt hier den Zentralbankier nicht, wenn er die Befugnis zur freien Verfügung gutgläubig annimmt. Dieser Nachteil wird für den Zentralbankier meistens weiter nicht ins Gewicht fallen, da er das gewöhnlich vereinbarte generelle Pfandrecht auch bei der Mitteilung nach § 8 gutgläubig erwerben kann. Kommt aber mangels einer solchen Vereinbarung nur der Erwerb des Kommissionärpfandrechtes in Betracht, so dürfte in diesem Fall der gute Glaube des Zentralbankiers gleichwohl zu berücksichtigen sein, indem hier § 366 analog angewendet wird. Die hier vertretene Ansicht stimmt mit der Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 71, 337 ff.) im Resultat überein, sie weicht nur darin ab, daß, was den Erwerb des Kommissionärpfandrechtes nach § 397 im Bereich des § 8 DG. betrifft, die direkte Geltung des § 366 verneint wird.

Fraglich ist, ob die vom Reichsgericht geforderte Umkehrung der Beweislast zu Ungunsten des Zentralbankiers gerechtfertigt ist. Breit (L. Z. IV Spalte 17) und auch Bonn (Bankarch. 9 S. 237 ff.) verneinen dies ausdrücklich. Meines Erachtens mit Recht. Eine Umkehrung der Beweislast bedeutet die Aufstellung einer präsumtio malae fidei des Zentralbankiers, die weder gesetzlich noch tatsächlich begründet ist. Was oben bei der Frage, ob der Zentralbankier auf Verlangen des Lokalbankiers zur Umbuchung von Konto A auf Konto B befugt ist, erwähnt wurde, gilt auch hier: Die Redlichkeit des Kontrahenten ist, wie überhaupt im Geschäftsverkehr, so

auch hier zu vermuten. Die Annahme des Zentralbankiers, daß der Lokalbankier wirklich zur unbeschränkten Verfügung berechtigt sei, ist deshalb schon durch die bloße Versicherung des Lokalbankiers gerechtfertigt; ein besonderer Nachweis seitens des Lokalbankiers als Grundlage des guten Glaubens ist nicht erforderlich. Durch die Entscheidung des Reichsgerichts ist der Zentralbankier in eine unangenehme Lage gekommen. Die sonst übliche handschriftliche Unterzeichnung eines vorgedruckten Formulars durch den Lokalbankier ist nach dem Reichsgericht zum gutgläubigen Rechtserwerb nach § 366 nicht genügend. Wie aber soll der Zentralbankier sonst seinen guten Glauben nachweisen? Der einzig sichere Nachweis bestände in einer Erklärung des Kunden selbst, die aber der Lokalbankier aus Geschäftsinteresse dem Zentralbankier nicht übermitteln kann. Diese Erklärung würde übrigens die tatsächlich erteilte Verfügungsbefugnis nachweisen. Ein unredlicher Bankier könnte eine solche Erklärung seines Kunden ja nie erbringen. Die Grundsätze über den guten Glauben würden dann überhaupt keine Anwendung finden können. Der Zentralbankier wird sich immer mit einer Versicherung des Lokalbankiers begnügen müssen; da diese Versicherung in der Form der Unterzeichnung eines vorgedruckten Formulars nicht geeignet ist, wird er vom Lokalbankier für jeden einzelnen Fall eine eigenhändig geschriebene Erklärung verlangen müssen. Es ist allerdings zweifelhaft, ob das Reichsgericht diese Form der Erklärung als Nachweis gelten lassen wird. An sich ist, wenn man eine Unredlichkeit des Lokalbankiers präsumiert, diese Erklärung eine ebensowenig hinreichende Grundlage für den guten Glauben. Der Zentralbankier, der fremde Effekten mit der Versicherung der freien Verfügung erhält und auf Grund derselben dem Lokalbankier Kredit gewährt, tut dies mit dem Risiko, im Falle der Unwahrheit der Erklärung nur ein beschränktes Pfandrecht zu erwerben und so einen oft bedeutenden Schaden zu erleiden.

Der Auffassung, daß im Bereiche des § 8 DG., § 366 HGB. grundsätzlich zur Anwendung kommt, widerspricht Breit (DG. S. 31), (L. Z. Spalte 16—17). Er geht von der richtigen Erwägung aus, daß das allgemeine Kommissionärpfandrecht an den als fremd bezeichneten Effekten trotz Gutgläubigkeit nicht erworben werden kann, da dieser gute Glaube nicht unter § 366 fällt. Dies gilt aber nur, soweit der Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts nach § 397 in Betracht kommt. Breit geht aber darüber hinaus und erklärt den guten Glauben des Zentralbankiers im Anwendungsgebiet des § 8 schlechthin für wirkungslos. Denn § 8 habe eben absolute Wirkung. Wenn Breit aber sagt, daß das Depot-Gesetz keine Bestimmung darüber enthalte, daß der Zentralbankier unbeschränktes Pfandrechtes erwerbe, wenn er trotz der Mitteilung des Lokalbankiers, daß die Effekten fremde seien, sich im guten Glauben befindet, dem Lokalbankier sei die freie Verfügung vom Kunden eingeräumt, so kann man ebensogut sagen, das sich im DG. auch keine Bestimmung des Gegenteils dahinfindet, daß § 366 in seinem Bereich nicht gelten solle. Breit führt für die absolute Wirksamkeit des § 8 ferner an, daß der Erwerb des unbeschränkten Pfandrechtes auch dann gehindert werde, wenn dem Lokalbankier freie Verfügung erteilt sei, er aber trotzdem die Anzeige nach § 8 mache. Das tatsächlich erteilte Verfügungsrecht könne doch nicht schwächere Wirkungen auslösen als die bloße Überzeugung des Zentralbankiers von dem Vorhandensein des in Wahrheit nicht vorhandenen freien Verfügungsrechts. Dieses Argument ist jedoch nicht zu verwenden. In dem erwähnten Fall (cfr. Breit DG. S. 30 V 1 c) macht nämlich der Lokalbankier nur die Anzeige nach § 8, ohne hinzuzufügen, daß er das freie Verfügungsrecht habe. Dann kann der Zentralbankier natürlich nur das beschränkte Pfandrecht nach Abs. 2 § 8 erwerben, da er ja garnicht weiß, daß die Papiere unbeschränkt haften sollen. Wenn der Zentralbankier trotz der Mitteilung

nach § 8 ein unbeschränktes Pfandrecht erwerben soll, so muß der Lokalbankier immer eine entsprechende Erklärung machen. Entspricht diese Erklärung der Wahrheit, so steht dem Erwerb des erweiterten Pfandrechts nichts im Wege; ist sie unwahr, so kommt es auf den guten Glauben des Zentralbankiers an. Daß durch die Anwendung des § 366 der Zweck des § 8 in manchen Fällen illusorisch wird, ist Breit zuzugeben, aber auch wenn man dem § 366 die Wirksamkeit versagt, ist es dem Lokalbankier möglich, ohne Einverständnis des Kunden die Papiere dem allgemeinen Pfandrecht zu unterwerfen; er unterläßt eben die Mitteilung nach § 8.

Noch weiter als Breit geht Nithack (vgl. a. a. O. S. 78 ff.). Er verneint nicht nur schlechthin die Anwendbarkeit des § 366 im Rahmen des § 8 DG., sondern erklärt sogar eine vom Kunden erteilte Einwilligung zur freien Verfügung gegenüber § 8 für wirkungslos. Nithack geht davon aus, daß der § 8 DG. zwingendes Recht sei. Deshalb könne weder die Rechtsfolge der Mitteilung durch Parteivereinbarung geändert werden, noch die Mitteilung selbst seitens des Eigentümers der Papiere erlassen werden. Als jus cogens sei § 8 vertragsmäßigen Abänderungen entzogen. Nach Nithack muß der Lokalbankier fragen: „Stehen die Papiere in meinem Eigentum?“ Solange diese Frage verneint werden muß, hat er stets die Mitteilung nach § 8 zu machen, die dann ipso jure das beschränkte Pfandrecht nach sich zieht. Nithack erklärt folgerichtig eine eigentliche Verpfändung wie eine Erweiterung des beschränkten Pfandrechtes für unmöglich, sofern der Lokalbankier nicht Eigentümer der Papiere ist. Wollen Lokalbankier und Eigentümer ein erweitertes Pfandrecht herbeiführen, so müssen sie eben den Tatbestand des § 8 beseitigen. Dafür gibt es nach Nithack zwei Wege: Die erste Möglichkeit ist die, daß der Lokalbankier nicht als Kommissionär auftritt, sondern als direkter Stellvertreter des Eigentümers einen unmittelbaren Pfandvertrag zwischen Eigentümer und Zentralbankier schließt. Diesen Weg hält aber Nithack selbst praktisch für un-

gangbar, da der Lokalbankier dadurch dem Zentralbankier seine Geschäftsbeziehungen verrät. Die zweite Möglichkeit, das allgemeine Pfandrecht herbeizuführen, besteht darin, daß der Kommittent auf den Lokalbankier Eigentum überträgt, entweder in der Form des § 2 oder durch Verzicht auf das Stückverzeichnis. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet Nithack das Verhältnis von § 366 und 397 HGB. zu § 8 DG. Der Zentralbankier, der eine Mitteilung nach § 8 empfangen habe, werde bösgläubig hinsichtlich des Eigentums an den Effekten, und er könne nur das beschränkte kommissarische Pfandrecht erwerben. Daraus ergebe sich per argumentum e contrario, daß das allgemeine kommissarische Pfandrecht nur durch guten Glauben an das Eigentum des Pfandbestellers erworben werden könne. § 366 HGB. komme hier also kraft lex spezialis nie in Betracht, sondern es gelten hier die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über das Pfandrecht an Wertpapieren. Was die Frage der Beweislast anbetrifft, so verneint Nithack gegenüber dem Reichsgericht eine Umkehrung des Rechts; die Beweislast habe zwar der Zentralbankier, er müsse aber nicht seinen guten Glauben an die Verfügungsbefugnis beweisen, sondern vielmehr daß der Tatbestand des § 8 Abs. 1 nicht vorliege.

Der Ansicht Nithacks muß man zustimmen, wenn man mit ihm annimmt, daß § 8 zwingendes Recht enthalte. Dies ist aber nicht so. Der strenge Wortlaut des § 8 mag für diese Annahme sprechen. Demgegenüber muß aber der Zweck dieses Paragraphen berücksichtigt werden. Der § 8 will verhindern, daß die dem Kunden gehörenden Effekten ohne seine Zustimmung für Schulden des Lokalbankiers haften. Dieser Schutz ist aber dann nicht nötig, wenn der Kunde sich mit einer Ausdehnung der Haftung einverstanden erklärt. Es liegt kein Grund vor, dem Kunden den Verzicht auf den ihm in § 8 zugedachten Schutz nicht ebenso zu gestatten, wie den Verzicht auf den Schutz des § 1 und § 3 DG. Gegen den Standpunkt Nithacks spricht auch, daß der Kunde durch Übertragung des Eigentums sein Aussonderungs-

recht im Konkurs des Lokalbankiers verliert. Dies fällt umsomehr ins Gewicht, wenn die Verpfändung der Papiere nicht im Interesse des Lokalbankiers, sondern in dem des Kunden selbst erfolgt. Der Kunde, welcher seine Effekten lombardieren lassen will, dessen Bankier aber nicht kapitalkräftig genug ist und deshalb das verlangte Kapital nur durch weitere Verpfändung an einen hauptstädtischen Bankier verschaffen kann, muß nach Nithack auf sein Eigentum verzichten — eine unmöglich zu billigende Ansicht.

Das Ergebnis der Erörterungen über das Verhältnis von §§ 366, 397 zu § 8 DG. ist nochmals zusammengefaßt, kurz folgendes: § 8 enthält kein jus cogens. Der Eigentümer braucht nicht auf sein Eigentum zu verzichten, wenn er dem Lokalbankier gestatten will, die Papiere dem allgemeinen gesetzlichen oder vertraglichen Pfandrecht des Zentralbankiers zu unterwerfen. In einem solchen Fall ist der Lokalbankier zur Mitteilung nach § 8 nicht verpflichtet. Macht er sie doch, so wird dadurch der Erwerb des unbeschränkten Pfandrechts seitens des Zentralbankiers nicht gehindert. Ist die Versicherung des Lokalbankiers, zur freien Verfügung berechtigt zu sein, nicht der Wahrheit gemäß, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze über den guten Glauben, zu deren Nichtanwendung kein Anlaß besteht. § 8 DG. schließt § 366 HGB. nicht aus. Der Zentralbankier kann also trotz der Mitteilung nach § 8 das allgemeine Pfandrecht erwerben, sofern überhaupt die Voraussetzungen für den Pfandrechtserwerb im guten Glauben nach § 366 HGB. gegeben sind. Diese Voraussetzungen sind nicht vorhanden, wenn das allgemeine kommissarische Pfandrecht des § 397 HGB. erworben werden soll; doch dürfte auch hier der gute Glaube analog § 366 zu schützen sein. Die Beweislastverteilung ist die gewöhnliche, der gute Glaube des Zentralbankiers wird präsumiert.

VII. Die Folgen der Mitteilung inbezug auf die Stellung des Kunden im Konkurs des Lokalbankiers.

Der in § 8 beabsichtigte Schutz des Publikums wird praktisch vor allem im Konkurs des Lokalbankiers, indem gegenüber dem Eigentums- und eventuellen Aussonderungsrechte des Kunden der Zentralbankier nur das nach Abs. 2 § 8 beschränkte Pfandrecht geltend machen kann. Im einzelnen gestaltet sich das eventuelle Aussonderungsrecht des Kunden folgendermaßen:

1. Bei der Übergabe von Effekten an den Zentralbankier zur Aufbewahrung unter Mitteilung nach § 8 ist das Eigentumsrecht des Kunden am vollkommensten gesichert. Eine Forderung, die mit Bezug auf die übergebenen Papiere entstanden ist, wird nur selten in Betracht kommen, und so steht dem Aussonderungsrecht des Kunden überhaupt kein Pfandrecht des Zentralbankiers gegenüber.
2. Ebenso vollkommen ist der Kunde bei der Versendung seiner Wertpapiere zum Zwecke des Umtausches oder Bezuges von neuen Papieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen geschützt, wenigstens dann, wenn der Provinzialbankier Stellvertreter im tatsächlichen Sinne ist und als solcher unmittelbar Eigentum für den Kunden erwirbt. Wie oben schon erwähnt, findet ein unmittelbarer Eigentumserwerb des Auftraggebers des Kunden aber nur statt, wenn der den Auftrag ausführende Lokalbankier wirklich im Namen des Auftraggebers handelt; ob dabei ein sogenanntes Anschaffungsgeschäft vorliegt oder nicht, ist gleichgültig. Direkte Stellvertretung findet statt beim Umtausch der auf einen bestimmten Namen lautenden Interimsscheine. Tritt der Lokalbankier aber als Kommissionär auf, handelt er somit im eigenen Namen, so erwirbt er nach herrschender Ansicht das Eigentum zunächst für sich und der Kunde wird erst Eigentümer durch einen besonderen Eigentumsübertragungsakt, und zwar entweder

durch Tradition oder durch constitutum possessorium, das der Kommissionär mit sich als Stellvertreter des Kunden vollzieht; anders das RG. (Bd. 33 S. 105), das auch den als Kommissionär auftretenden Bankier unmittelbar das Eigentum für den Kommittenten erwerben lassen will. Gerät der erstbeauftragte Bankier in Konkurs, so hängt der Grad der Sicherung des Kunden von den jeweiligen Eigentumsverhältnissen an den Papieren ab. Was die zum Umtausch übersandten Papiere anbetrifft, so kann sie der Kunde so lange aussondern, als sie vom Zentralbankier noch nicht umgetauscht sind. An den neuen Papieren erwirbt zunächst der Zentralbankier Eigentum. Es kommt dann § 392 HGB. in Betracht; danach gilt der Anspruch des Lokalbankiers auf Eigentumsübertragung an den neubeschafften Papieren seitens des Zentralbankiers als Forderung des Kunden. Dieser Anspruch ist zwar in Wirklichkeit eine Forderung des Lokalbankiers, aber im Verhältnis zu seinen Gläubigern gilt diese Forderung als zum Vermögen des Kommittenten (des Kunden) gehörig. Der Kunde kann also im Konkurs die noch ausstehende Forderung aussondern. Hat der Zentralbankier bereits vor Konkurseröffnung an den Lokalbankier geleistet, ihn also zum Eigentümer der Papiere gemacht, so hat der Kunde kein Aussonderungsrecht mehr. Die Papiere fallen in die Konkursmasse, dergegenüber der Kunde gewöhnlicher Konkursgläubiger ist.

3. Bei der Verkaufskommission sind bezüglich der Stellung des Kunden im Konkurse des Lokalbankiers folgende Fälle zu unterscheiden:
   a) Die dem Zentralbankier als fremd übersandten Papiere liegen noch unverkauft im Depot B. Dieser Fall kommt hauptsächlich bei limitierten Aufträgen in Betracht. Hier findet im Verhältnis von Konkursverwalter und Zentralbankier § 17 KO. Anwendung. Der Kunde kann nach § 649 BGB. den Verkaufsauftrag widerrufen, wodurch aber die vom Lokalbankier dem Zentralbankier erteilte Kommission nicht

berührt wird. Der Widerruf ist erst wirksam, wenn er seitens des Konkursverwalters erfolgt, welcher dazu verpflichtet ist. Der Kunde kann dann als der Eigentümer der Papiere dieselben direkt vom Zentralbankier nach § 985 BGB. herausverlangen.

b) Die Effekten sind vor der Konkurseröffnung verkauft. Hat der Zentralbankier den erzielten Erlös noch vor der Eröffnung an den Lokalbankier gezahlt, so hat der Kunde nur eine Forderung an die Konkursmasse; gegenüber dem Zentralbankier kann er nach § 392 HGB. die Kaufpreisforderung nicht geltend machen, da ja der Lokalbankier selbst keinen Anspruch gegen den Zentralbankier hat. Ist der Kaufpreis aber bei Konkurseröffnung noch nicht mit dem Lokalbankier verrechnet, so kann der Kunde, da die Forderung als ihm gehörig gilt (gemäß § 392), die Abtretung des Anspruches gegen den Zentralbankier verlangen. Die abgetretene Forderung kann er dann direkt gegen den Zentralbankier geltend machen. Der Zentralbankier kann jedoch dagegen nach richtiger Ansicht (vgl. RG. 32, 40; Lehmann S. 842 Anm. 1) mit seinen Ansprüchen an die Konkursmasse gemäß § 53 ff. KO. aufrechnen; der Kunde wird deshalb in den meisten Fällen nichts bekommen. Nach Stenglein (a. a. O. Anm. 4 zu § 8) soll hier die Aufrechnung ausgeschlossen sein, weil dem Zentralbankier ja durch die Mitteilung bewußt geworden sei, daß er fremdes Geld in Händen habe. Dadurch dürfte nach der Ansicht Stengleins die Anwendung des § 54 KO. ausgeschlossen sein. Diese ließe sich nicht dadurch rechtfertigen, daß die Zahlung an den Zwischenbankier erfolgen könne, denn an diesen werde nur als Beauftragten des dem Zentralbankier meist unbekannten Kommittenten gezahlt. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Lokalbankier wirklicher und alleiniger Gläubiger ist. Das interne Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär (Lokalbankier) ist für

das Verhältnis des letzteren zum Zentralbankier ohne Bedeutung. Der Zentralbankier kann seine Schuld gegenüber dem Lokalbankier in jeder gesetzlichen Weise tilgen, also auch durch Aufrechnung, was nicht nur möglich ist, wenn er weiß, daß der Lokalbankier als Kommissionär tätig ist, sondern gemäß § 406 BGB. auch nach Abtretung der Forderung an den Erstkommittenten (Kunden).

Meistens wird aber der Kunde nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger seinen Anspruch geltend machen können und zwar in allen Fällen, in welchen der Lokalbankier die Verkaufsorder durch Selbsteintritt erledigt. § 392 findet dann keine Anwendung. Nach Breit (Z. Verb. Komm. S. 330) (vgl. auch Düringer-Hachenburg III S. 615 Anm. 24 zu § 392) soll § 392 auch sonst im Effektenkommissionshandel keine Anwendung finden, da der Effektenkommissionär fast stets durch Selbsteintritt die erteilten Aufträge erledige. Auch wenn er den Selbsteintritt nicht erkläre, so habe er doch den Willen, für eigene Rechnung zu handeln. Das mit dem Dritten geschlossene Geschäft sei also kein Ausführunsgeschäft, sondern nur Deckungsgeschäft. Objektiv könnten alle Voraussetzungen eines Ausführungsgeschäftes vorhanden sein, das Schwergewicht sei auf den Willen des Kommissionärs zu legen. Auch das Reichsgericht hat in Bd. 18, 20 entschieden, daß ein vom Kommissionär abgeschlossenes Geschäft nur dann als Ausführungsgeschäft gelten kann, „wenn das betreffende Geschäft nach dem Willen des Kommissionärs die Bestimmung gehabt habe, als die Ausführung des erteilten Auftrages zu gelten". Dem ist entgegenzuhalten, was schon oben gesagt wurde, daß der bloße Wille, selbst einzutreten oder für eigene Rechnung zu handeln, ohne Bedeutung ist, solange er nicht nach außen hin in die Erscheinung getreten ist. Daß der Effektenkommissionär fast immer den Willen hat, seinem Kunden gegenüber als Eigenhänder auf-

zutreten, soll nicht bestritten werden, aber dieser Wille erlangt erst rechtliche Bedeutung, wenn er erklärt wird. Solange dies nicht der Fall ist, ist das vom Lokalbankier geschlossene Geschäft als reguläre Effektenkommission nach § 383 HGB. anzusehen und dem Kunden der wertvolle Schutz des § 392 zuzubilligen (vgl. Bansa a. a. O. S. 25 ff).

4. Bei der Einkaufskommission ist die Rechtslage des Kunden im Konkurs des Lokalbankiers im allgemeinen die gleiche wie bei der Umtauschkommission. Ist die Kommission bei Konkurseröffnung nicht ausgeführt, so kann der Kunde seinen Anspruch wegen des bereits gezahlten Kaufpreises nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen. Fällt der Lokalbankier aber in Konkurs, nachdem der Zentralbankier in Ausführung des mit der Erklärung nach § 8 Satz 2 verbundenen Kaufauftrages die Effekten angeschafft hat, so richtet sich die Stellung des Kunden im Konkurse des Bankiers nach dem jeweiligen Stand der Einkaufskommission:
   a) Hat der Lokalbankier, nachdem er vom Zentralbankier zum Eigentümer der Papiere gemacht worden ist, seinerseits das Eigentum auf den Kunden übertragen (durch Übersendung des Stückverzeichnisses oder durch constitutum possessorium), so kann letzterer die Papiere ohne weiteres aussondern.
   b) Hat zwar der Lokalbankier vom Zentralbankier Eigentum erworben, nicht aber der Kunde vom Lokalbankier, so ist der Kunde bloßer Konkursgläubiger; denn die Papiere gehören trotz der Mitteilung nach § 8 nicht dem Kunden, sondern sie fallen in die Kokursmasse. Anders Neukamp (Holdheims MSchr. 19, 40); er will durch die Übersendung des Stückverzeichnisses seitens des Zentralbankiers unmittelbar das Eigentum auf den Kommittenten übergehen lassen, da für den Zentralbankier aus der Mitteilung sich zur Evidenz ergebe, daß der Lokalbankier das Eigentum für den Kommittenten erwerben wollte. Diese Gestaltung der Eigentums-

verhältnisse an den neugeschafften Papieren wäre im Interesse des Kunden, dem die Effekten wirtschaftlich gehören, erwünscht, sie entspricht aber nicht dem geltenden Recht, nach dem der Kommissionär zunächst Eigentümer wird und es solange bleibt, bis er auf den Kommittenten Eigentum übertragen hat, was durch die Kenntnis der Kommissionäreigenschaft seitens des Dritten nicht geändert wird.

Anmerkung: Ein ähnlicher Gedanke, den Kunden hier zu schützen, wurde schon in der Sachverständigen-Kommission vorgebracht, die im Februar 1892 behufs gutachtlicher Beurteilung des damaligen Entwurfes eines Bankdepot-Gesetzes im Kgl. preuß. Handelsministerium zusammengetreten war. Dort stellte eine Minderheit den Antrag, dem Kommittenten auch dann ein Aussonderungsrecht einzuräumen, wenn die Verpflichtung zur Bewirkung des konstitutum possessorium fällig aber noch nicht erfüllt ist, unter der Voraussetzung, daß Stücke derselben Art sich in der Masse vorfinden.

c) Hat der Zentralbankier an den neu angeschafften Papieren auch dem Lokalbankier noch kein Eigentum übertragen, so kann der Kunde auf Grund § 392 HGB. von der Konkursmasse die Abtretung des Anspruches auf Übereignung fordern. Ist die Kommission aber durch Selbsteintritt ausgeführt, so hat der Kunde nur die Stellung eines Konkursgläubigers, da in diesem Fall § 392 nicht anwendbar ist.

Die Entscheidung dieser Fälle würde ebenso ausfallen, wenn der § 8 DG. nicht bestünde. Eine nach § 8 erfolgte Mitteilung verbessert die Stellung des Kunden im Konkurse des Lokalbankiers nicht, insbesondere bewirkt sie keine Erweiterung seines Aussonderungsrechtes. Der Vorteil, welchen die Mitteilung des § 8 für den Kunden im Konkurse seines Bankiers herbeiführt, besteht lediglich in einer Sicherung des Aussonderungsrechtes, demgegenüber der Zentralbankier nur ein beschränktes Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann.

Schluß.

Fragt man, ob der Zweck des § 8 DG., zu verhindern, daß die in Wertpapieren festgelegten Vermögenswerte des Publikums zu Kreditunterlagen im Verkehr der Banken untereinander dienen und so dem Kunden leicht verloren gehen, erreicht ist, so muß dies verneint werden. Der Grund hierfür ist hauptsächlich in der praktischen Undurchführbarkeit des § 8 und dem daraus entstandenen Beschluß der Banken zu suchen, demzufolge als fremd bezeichnete Wertpapiere überhaupt nicht als Kreditunterlage dienen können. Die Banken lassen sich deshalb in vielen Fällen einfach von der Mitteilungspflicht befreien, wodurch der Zustand wieder hergestellt wird, wie er vor Erlaß des Depotgesetzes bestanden hat. Der andere Weg, den die Banken einschlagen, den § 8 DG. zu umgehen, besteht darin, daß sie bei der Einkaufs- und Verkaufskommission als Selbstkontrahenten eintreten oder sonst sich die Ermächtigung nach § 2 DG. erteilen lassen, was zu einer Einschränkung des regulären Depots führt, während das Depotgesetz dieses gerade begünstigen wollte. Nachteilig hat sich § 8 DG. für die Praxis auch dadurch erwiesen, daß infolge der zu knappen Fassung sich viele Streitfragen über die Anwendung und Tragweite dieses Paragraphen erhoben haben, wodurch eine Unsicherheit im Geschäftsverkehr herbeigeführt wird. Die ungenaue Bestimmung der Pflicht des Lokalbankiers in § 8 macht auch die Anwendung der Strafbestimmung des § 9 Abs. 2 DG. leicht illusorisch.

Was die durch die zu kurze Form in weitem Umfang notwendig gewordene Auslegung des § 8 betrifft, so darf dabei das Interesse des zu schützenden Kunden nicht so sehr betont werden, daß der Verkehr der Banken unter Umkehrung der sonst im Geschäftsleben üblichen Grundsätze eingeengt und erschwert wird.